

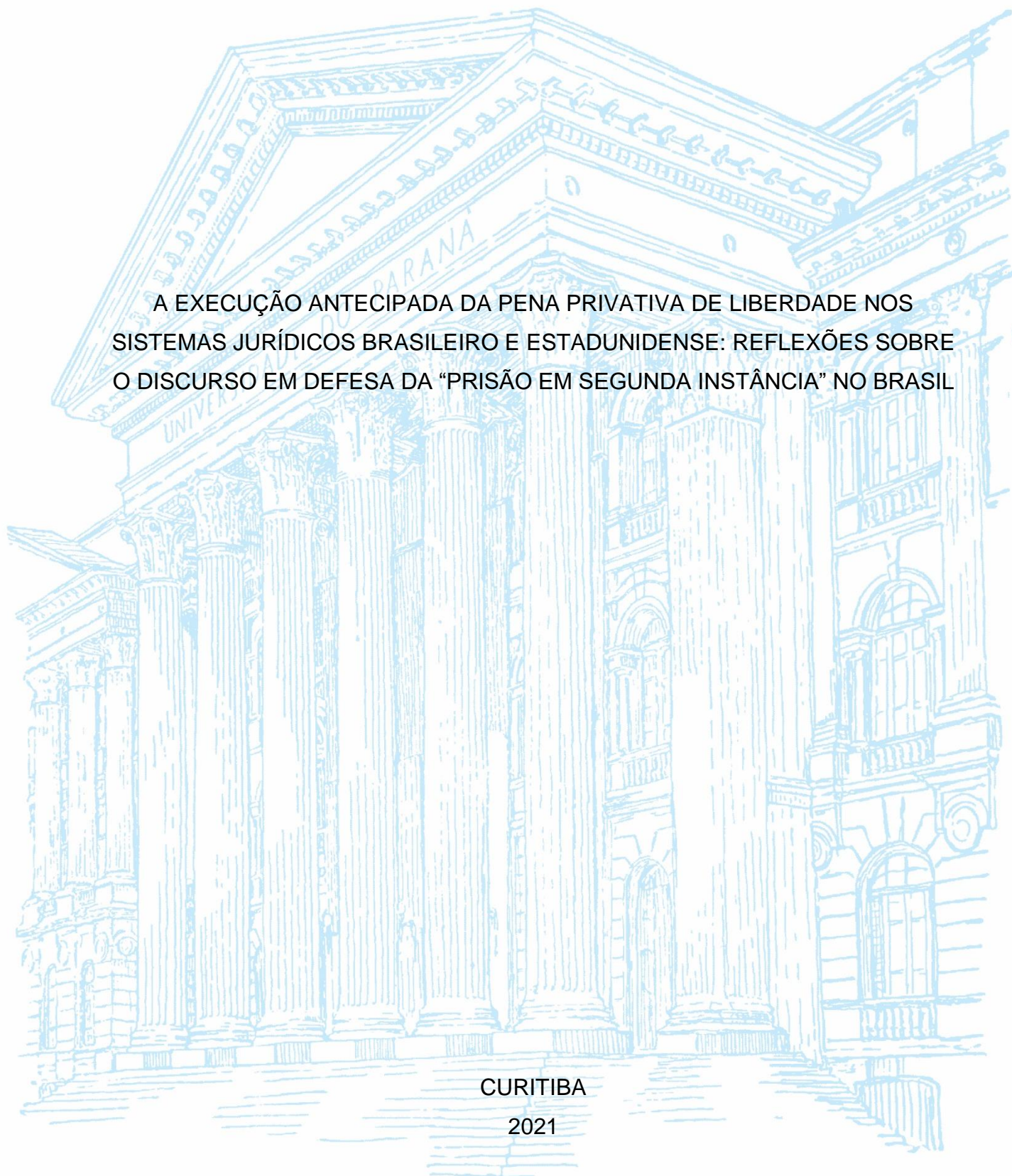
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LAURA DE GOIS HARTMANN

A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS
SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESTADUNIDENSE: REFLEXÕES SOBRE
O DISCURSO EM DEFESA DA “PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA” NO BRASIL

CURITIBA

2021



LAURA DE GOIS HARTMANN

A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS
SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESTADUNIDENSE: REFLEXÕES SOBRE
O DISCURSO EM DEFESA DA “PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA” NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Drª Clara Maria Roman Borges

CURITIBA

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

A execução antecipada da pena privativa de liberdade nos sistemas jurídicos brasileiro e estadunidense:
reflexões sobre o discurso em defesa da "prisão em segunda instância" no Brasil

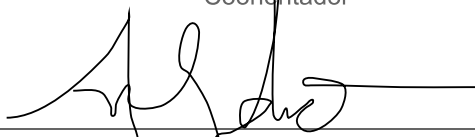
LAURA DE GOIS HARTMANN

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade
de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Clara Maria Roman Borges
Orientador

Coorientador



André Ribeiro Giamberardino
1º Membro



Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior
2º Membro

Aos meus avós (*in memoriam*), Inês, Cícero, Célia e Edison.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Clara Maria Roman Borges, pelo encorajamento, pelos apontamentos imprescindíveis para o delineamento desta monografia e pela compreensão ao longo do último ano.

Ao Professor Rui Carlo Dissenha, pela disponibilidade em recomendar leituras fundamentais para a elaboração deste trabalho.

Aos demais professores que, com seus ensinamentos, também contribuíram para a minha formação acadêmica. Em especial, aos professores da graduação Thiago Freitas Hansen, Eneida Desiree Salgado, Sérgio Cruz Arenhart, Marco Aurélio Serau Jr., Guilherme Brenner Lucchesi e André Ribeiro Giamberardino, pela generosidade e pela dedicação à docência.

Aos servidores da Justiça Federal do Paraná com quem convivi em meu primeiro estágio na área criminal, o qual acabou por despertar meu interesse pelo direito penal e pelo direito processual penal, bem como aos colegas da Defensoria Pública do Paraná, que me apresentou ao direito de execução penal. Particularmente, aos supervisores Caroline Farah Glück e Luis Renan Coletti, pela amizade e pelo incentivo.

E, principalmente, aos meus pais, Schirley e Lincoln, e ao meu irmão, Eduardo, pelo apoio em todos os momentos.

RESUMO

O presente trabalho trata da execução antecipada da pena privativa de liberdade e da presunção de inocência no Brasil, realizando-se uma comparação entre o sistema jurídico brasileiro e o estadunidense. Com base em uma revisão bibliográfica, a pesquisa ora apresentada teve como objetivo contrapor ambos os sistemas e avaliar se é adequada a comparação jurídica com os Estados Unidos que vem sendo empregada em prol de uma possível autorização, no direito brasileiro, da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Foram examinados aspectos gerais dos sistemas criminais brasileiro e estadunidense, para depois se abordar especificamente, com relação a ambos os países, como se caracteriza a atuação dos tribunais superiores em matéria penal, como é vista a presunção de inocência, bem como a sua influência no estado de liberdade do acusado, e se é autorizada ou não, e em quais termos, a execução antecipada da pena privativa de liberdade. Quanto aos resultados, foram identificadas diversas diferenças entre os sistemas brasileiro e estadunidense, bem como foram apontadas questões que contraindicam a adoção da execução antecipada da pena no Brasil, sob a inspiração daquela que existe nos Estados Unidos. Ao final, concluiu-se que o argumento utilizado para defender a antecipação da execução da pena no direito brasileiro, baseada no exemplo estadunidense, é apenas retórico e desprovido de embasamento científico, pois desconsidera as diferenças abismais entre os dois sistemas e serve exclusivamente para demarcar um posicionamento político punitivista. Entendeu-se, ainda, que é necessário desconstruí-lo, na medida em que ameaça perigosamente garantias processuais constitucionais, como a presunção de inocência, sob o pretexto de combate à impunidade.

Palavras-chave: Direito processual penal. Execução penal. Execução antecipada da pena. Presunção de inocência. Direito comparado. Brasil. Estados Unidos.

ABSTRACT

This monograph discusses early execution of a sentence of imprisonment and presumption of innocence in Brazil, comparing the Brazilian and American judicial systems. Based on a bibliographical review, this research aimed at opposing both systems and evaluating the adequacy of the judicial comparison with the United States of America that is being used in favor of a possible permission, in Brazilian law, of execution of sentence of a convict before their conviction can no longer be appealed. The work examines general aspects of the Brazilian and American criminal systems. Then, it approaches specifically, regarding both countries, the role of higher courts in criminal law, how the presumption of innocence is perceived, as well as its influence on the freedom of the accused, and if early execution of a sentence of imprisonment is authorized or not, and in which terms. As for the results, the work identifies several differences between the Brazilian and American systems, and appoints issues that contraindicate the adoption of early execution of sentence in Brazil, inspired by the one that exists in the United States. In the end, it was concluded that the argument utilized to advocate for the execution of sentence to happen prior to a definite conviction in Brazilian law, based on the American case, is only rhetorical and devoid of scientific ground, as it doesn't consider the abysmal differences between both systems and serves exclusively to mark a punitivist political positioning. Moreover, the work regards as necessary to deconstruct such discourse, as it dangerously threatens constitutional procedural rights, such as the presumption of innocence, under the pretext of fighting impunity.

Keywords: Criminal procedure. Execution of sentence. Detention pending appeal. Presumption of innocence. Comparative law. Brazil. United States.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	O DIREITO COMPARADO E O PRESTÍGIO DO DIREITO ESTADUNIDENSE	12
1.1	A INFLUÊNCIA DO DIREITO ESTADUNIDENSE EM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS	15
1.2	SOBRE A COMPARAÇÃO JURÍDICA.....	17
2	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O MOMENTO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL	22
2.1	ASPECTOS DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA E A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM MATÉRIA PENAL	23
2.2	O MODELO BRASILEIRO DE ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO DE LIBERDADE DO ACUSADO	29
2.3	A EXECUÇÃO ANTECIPADA NA PENA NO BRASIL.....	35
2.3.1	A antiga execução antecipada da pena sob pretexto cautelar.....	35
2.3.2	Mudanças no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a antecipação da execução da pena: o debate da “prisão em segunda instância”	38
2.3.3	As hipóteses de execução provisória da pena e de execução de pena não privativa de liberdade.....	41
2.3.4	A questão ainda em aberto sobre a constitucionalidade da execução antecipada da pena em processos sob o rito do Tribunal do Júri	43
2.3.5	Propostas de introdução ampla da execução antecipada da pena ou da antecipação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no direito nacional	46
3	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O MOMENTO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS ESTADOS UNIDOS	48
3.1	ASPECTOS DA JUSTIÇA CRIMINAL ESTADUNIDENSE E A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE EM MATÉRIA PENAL.....	49
3.2	O MODELO ESTADUNIDENSE DE ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO DE LIBERDADE DO ACUSADO	51
3.3	A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NOS ESTADOS UNIDOS	55

4	HÁ SENTIDO NA RETÓRICA DO “MAS NOS ESTADOS UNIDOS É ASSIM”? SOBRE O DISCURSO PRÓ-DIREITO ESTADUNIDENSE EM NOME DA “PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA” NO BRASIL	58
4.1	CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESTADUNIDENSE	58
4.2	APONTAMENTOS SOBRE UMA EVENTUAL APROXIMAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO COM O ESTADUNIDENSE	65
4.2.1	A questão técnico-jurídica da garantia constitucional da presunção de inocência.....	65
4.2.2	A questão prática dos erros cometidos pelas instâncias inferiores que vêm a ser corrigidos pelas instâncias superiores	67
4.2.3	A questão fática das condições do (inconstitucional) sistema prisional brasileiro	72
4.3	A BUSCA DA LEGITIMAÇÃO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL PELA COMPARAÇÃO COM O DIREITO ESTADUNIDENSE	76
	CONCLUSÃO	81
	REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

O tema da execução antecipada da pena privativa de liberdade¹ ficou conhecido popularmente como o debate da “prisão em segunda instância” no Brasil. Ele veio à tona, inclusive com bastante atenção midiática, no ano de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) mudou o seu entendimento sobre a questão e passou a autorizar a execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento da via recursal ordinária, com o julgamento da apelação criminal. Embora tenha agradado alguns setores da sociedade, a decisão foi severamente criticada por parte da doutrina – especialmente porque a Constituição de 1988 garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória –, até que, em 2019, a questão foi novamente julgada pelo Plenário, que voltou à orientação anterior, vedando, em regra, a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Mesmo assim, há várias iniciativas do Congresso Nacional procurando permiti-la, através de Projetos de Lei (PLs) e de Propostas de Emenda à Constituição (PECs) – no entanto, nenhum deles foi aprovado até o momento.

Ao se discutir a “prisão em segunda instância”, por diversas vezes representantes dos três poderes lançaram mão de argumentos de direito comparado, se referindo a como outros países permitem a execução antecipada da pena, mesmo os seus ordenamentos também comportando a presunção de inocência. Um dos sistemas jurídicos mais frequentemente mencionados tem sido o dos Estados Unidos da América (EUA), em que a regra é que a execução da pena se dê imediatamente após a condenação em primeiro grau de jurisdição. Todavia, sabe-se que o sistema jurídico estadunidense² é muito diferente do brasileiro, de modo que há de se questionar se é adequado propor uma mudança no nosso ordenamento jurídico com o argumento de qual o momento da execução da pena em um país de tradição jurídica de *common law* e em que a presunção de inocência sequer é constitucionalmente prevista.

Diante desse cenário, a importância do tema aqui tratado está em haver propostas de mudanças do direito nacional como se com isso se fosse espelhar o

¹ Sobre a escolha terminológica de “execução antecipada”, ver nota explicativa nº 145.

² A opção por usar o termo “estadunidense” se deu em razão da sua maior precisão, em termos geográficos, para se referir aos EUA, considerando que “americano” é uma expressão que pode se referir ao continente da América e que “norte-americano” é atinente à América do Norte, na qual se situam também México e Canadá.

direito estrangeiro – no caso tratado aqui, o estadunidense –, o que pode ser perigoso se a visão deste for descontextualizada.

Neste trabalho, propõe-se realizar uma análise comparativa entre os sistemas jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos, focando, em especial, em como entendem a presunção de inocência e tratam a execução antecipada da pena. Com isso, pretendemos contrastar as diferenças entre ambos os ordenamentos e, assim, melhorar a compreensão sobre o nosso próprio sistema. Também se irá tratar sobre a influência do direito estadunidense e a adequação ou não da referência a este no debate sobre a antecipação da execução da pena no Brasil.

No primeiro capítulo, será abordado o tema do direito comparado, de modo a demonstrar como a comparação jurídica, especialmente com relação ao direito dos Estados Unidos, tem sido usada na discussão envolvendo a “prisão em segunda instância” no Brasil e como isso tem impactado o direito brasileiro. Além disso, será discutida a utilidade do direito comparado, bem como o que se considera como uma abordagem adequada em uma pesquisa de direito comparado, expondo-se, ao final, o tipo de comparação realizada para tratar do tema proposto no presente trabalho.

Em seguida, se irá expor elementos considerados importantes, para o fim deste trabalho, sobre o sistema jurídico brasileiro. Em especial, se irá tratar sobre a competência dos tribunais superiores em matéria criminal e sobre os recursos extraordinário e especial, que obstem o trânsito em julgado da sentença penal. Também será abordada a presunção de inocência, prevista na Constituição, e a sua vinculação ao estado de liberdade do acusado. Por fim, se irá detalhar o debate sobre a execução antecipada da pena privativa de liberdade, incluindo como ela já foi permitida no Brasil e o entendimento atual dos tribunais superiores quanto a ela (incluindo a questão ainda em aberto sobre a antecipação da execução da pena das condenações do rito do Tribunal do Júri), bem como a diferenciando da hipótese de execução provisória da pena.

Então, o capítulo seguinte tratará do direito estadunidense. Serão mencionados alguns fatores expressivos sobre esse sistema jurídico, como o amplo espaço de negociação penal, para então se adentrar em como ocorre o acesso à Suprema Corte. Além disso, serão abordadas duas concepções sobre a presunção de inocência, uma pela qual ela em nada se relaciona com o *status libertatis* do acusado e outra pela qual dela advém o direito à libertação condicionada à fiança. Ainda, se irá tocar no

tema da execução antecipada da pena, a partir da análise de dispositivos da legislação penal federal.

Por fim, o quarto e último capítulo se encarrega de efetivamente comparar os direitos brasileiro e estadunidense. Primeiramente, se irá contrastar ambos os sistemas jurídicos, ressaltando em especial as diferenças entre eles, a respeito dos aspectos trabalhados. Então, se irá tratar sobre algumas das principais questões que devem desmotivar uma eventual aproximação do sistema brasileiro com o estadunidense, isto é, uma autorização da antecipação da execução da pena no Brasil que se inclinasse para a ideia de que assim o sistema se tornaria mais adequado e mais próximo do dos EUA. Finalmente, será apresentada uma reflexão sobre o que podemos depreender do discurso pró-direito estadunidense a respeito da execução antecipada da pena.

1 O DIREITO COMPARADO E O PRESTÍGIO DO DIREITO ESTADUNIDENSE

No Brasil, a execução da pena privativa de liberdade a partir de decisão proferida em segundo grau de jurisdição foi objeto de diferentes entendimentos jurisprudenciais do STF desde a promulgação da Constituição de 1988: era autorizada até 2009, até ser entendida como inconstitucional no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078; em 2016, entretanto, voltou a ser entendida como constitucional, no bojo do *Habeas Corpus* nº 126.292; por fim, em 2019, reverteu-se esse entendimento para novamente desautorizar a execução antecipada da pena, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43, 44 e 54. Desde então, há iniciativas de setores do Congresso Nacional visando um possível retorno à permissão da execução antecipada da pena, embora nenhuma tenha sido bem-sucedida até o presente momento.

Em especial, a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292 foi muito criticada por parte da doutrina e um dos seus fatores que mais chamou a atenção foi como alguns Ministros recorreram ao direito comparado em seus votos (relativos à interpretação do direito brasileiro). Em especial, o Ministro Teori Zavascki,³ relator, e os Ministros Roberto Barroso⁴ e Gilmar Mendes,⁵ argumentaram que, nos EUA, a presunção de inocência não obsta que a execução da pena ocorra mesmo sendo a decisão condenatória ainda sujeita a recurso. Depreende-se dos votos desses Ministros que, para eles, o direito nacional deveria se pautar pela mesma lógica.

O mesmo já havia ocorrido em outros julgamentos do Tribunal sobre o assunto, a exemplo do *Habeas Corpus* nº 84.078, em que o Ministro Menezes Direito se referiu aos Estados Unidos como exemplo de “países reconhecidamente liberais”⁶ que admitiam o imediato cumprimento de pena após condenação recorrível. Já em

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292. Origem: São Paulo. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Decisão de julgamento proferida em 17 de fevereiro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 maio 2016b. p. 12-13. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁴ Ibidem, p. 48.

⁵ Ibidem, p. 70.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7. Origem: Minas Gerais. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Tribunal Pleno. Relator: Ministro: Eros Grau. Decisão de julgamento proferida em 5 de fevereiro de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 fev. 2010. p. 1104. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

2005, a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 86.886, afirmou mais genericamente que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”.⁷

Em 2018, a então Procuradora-Geral da República Raquel Dodge referenciou que os Estados Unidos, entre outros países, seriam pioneiros no reconhecimento de direitos fundamentais e, mesmo assim, compatibilizam a presunção de inocência com a efetividade do poder punitivo estatal. Então, concluiu esse argumento comparativo perguntando: “será que todos esses países que, mesmo tendo a presunção de inocência como princípio constitucional explícito ou implícito, admitem a execução provisória da pena, o fazem de modo autoritário e em afronta à Constituição?”.⁸

Essa colocação bem resume como foi usado o direito comparado no tocante à execução antecipada da pena: como argumento de autoridade,⁹ invocando a legislação de países democráticos e liberais – cujo maior exemplo, tanto no imaginário popular quanto entre acadêmicos, talvez seja os Estados Unidos – para questionar a interpretação da nossa própria lei e Constituição, procurando assim legitimar o cumprimento de pena mesmo enquanto, segundo a literalidade do texto constitucional, o sujeito ainda é considerado inocente.

Porém, no próprio julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, o Ministro Celso de Mello alertou para a inadequação de se recorrer à experiência de países como os Estados Unidos que, diferentemente do Brasil, não adotam de maneira explícita, em seu texto constitucional, a presunção de inocência até o trânsito em julgado.¹⁰ Além disso, foi observado pelo professor Fauzi Choukr que, na referida decisão, “foram invocados ordenamentos jurídicos de tradições distintas, com toda a herança política e cultural que isso significa”,¹¹ com a pretensão de que o ordenamento brasileiro pudesse simplesmente absorver concepções do direito estrangeiro, sem contextualizá-lo com relação à cultura jurídica na qual está inserido.

⁷ BRASIL, 2016b, p. 48.

⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 1952/2018**. Pedido de Suspensão de Liminar. Ação declaratória de constitucionalidade nº 54. Procuradora-Geral da República: Raquel Elias Ferreira Dodge. 19 dez. 2018b. p. 20. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2018/12/art20181219-15.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1119-1142, set.-dez. 2018. p. 1125 e 1138.

¹⁰ BRASIL, 2016b, p. 88.

¹¹ CHOUKR, op. cit., p. 1137.

Aliás, é interessante observar que, mesmo com a reversão do entendimento do Supremo em 2019, com o retorno à orientação de que a imposição da execução antecipada da pena privativa de liberdade é inconstitucional – leitura *a contrario sensu* da declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) –, o atual esforço legislativo para alterar a Constituição ou a legislação infraconstitucional de modo a permitir a “prisão em segunda instância” insiste na utilização do discurso de direito comparado, novamente destacando a prática dos Estados Unidos. Por exemplo, em depoimento na Câmara dos Deputados, o ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, acerca da adoção da execução antecipada da pena violaria a presunção de inocência, citou “os Estados Unidos e a França, ambos berços dessa garantia do acusado, como exemplos de jurisdições onde a execução penal se inicia após a decisão de primeira instância”.¹² Já o Deputado Flávio Trad, relator da PEC nº 199/2019, que ficou conhecida popularmente como “PEC da segunda instância”, afirmou que a sua aprovação “é fundamental para que o Judiciário brasileiro esteja em igualdade de nível qualitativo com os judiciários mais avançados do mundo”,¹³ tornando a nossa “Justiça mais racional, menos burocrática e mais comprometida com a resolutividade”.¹⁴

Assim, dessa vez, o argumento comparativo não é mais usado para como deve-se interpretar o direito nacional, mas sim para propor sua reforma e aproximá-lo de ordenamentos considerados mais eficientes de uma perspectiva punitivista. No mesmo sentido, o Procurador da República Deltan Dallagnol, conhecido por ter coordenado a Operação Lava-Jato, afirmou que a aplicação da lei “é muito inefetiva no Brasil. Nos Estados Unidos, a prisão acontece depois da primeira ou segunda instância”¹⁵ e que dessa efetividade depende o Estado de Direito ou *rule of law*.

Tendo em conta esse contexto, chama a atenção o fato de frequentemente, como demonstrado, o discurso jurídico brasileiro socorrer-se do ordenamento jurídico

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 199-A, de 2019. Parecer nº 1/0. Relatório e substitutivo. Autor: Deputado Alex Manente. Relator: Deputado Fábio Trad. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 8 set. 2020a. p. 6. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928562&filename=PRL+1+PEC19919+%3D%3E+PEC+199/2019>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹³ TREVOR, Valentina. Relator propõe que segunda instância alcance todas as áreas do Direito. **Jota**, Brasília, 8 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/legislativo/segunda-instancia-areas-direito-08092020>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ DALLAGNOL, Deltan. @deltanmd. Disponível em: <<https://twitter.com/deltanmd/status/1206600217145020420>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

estadunidense, mesmo este sendo de uma tradição jurídica de *common law* que é diferente da nossa. Portanto, neste trabalho propõe-se destacar eventuais similaridades e, principalmente, diferenças entre ambos os sistemas, bem como entender se há algum fundamento jurídico nessa comparação da maneira como vem sendo feita – em especial considerando se eventual adoção da antecipação da execução da pena faria sentido no nosso sistema e se isso o aproximaria do estadunidense.

1.1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO ESTADUNIDENSE EM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS

Como já exposto, no âmbito das discussões sobre o momento da execução da pena privativa de liberdade no Brasil, o sistema jurídico dos Estados Unidos é invocado com alguma recorrência enquanto modelo a ser seguido. A ideia de que, nos EUA, a presunção de inocência não obsta a execução imediata da pena privativa de liberdade – o que é visto por alguns grupos como positivo – influencia tanto o debate jurídico quanto o legislativo a respeito da execução antecipada da pena no Brasil.

O prestígio de outra cultura jurídica é um dos principais fatores que, segundo Michele Graziadei, levam à mudança jurídica envolvendo a recepção de elementos do direito estrangeiro. Tendo outro modelo jurídico como superior, é possível aderir a ele espontaneamente, de modo que ele pode “influenciar o desenvolvimento do direito moldando ideais, instituições, categoriais e regras jurídicas”.¹⁶ Esse processo pode ser facilitado pelo incentivo de um líder¹⁷ e se é acompanhado por um discurso ideológico, pelo qual uma dominação frequentemente é legitimada por ideias de que isso é algo benigno ou inevitável,¹⁸ por exemplo.

O sistema jurídico estadunidense é, como coloca Máximo Langer, o mais influente do mundo, o que se deu especialmente após a Guerra Fria, mas já com o fim

¹⁶ Tradução nossa. No original em inglês: “influence the development of the law by shaping legal ideals, institutions, categories, and rules”. GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. Publicação online. p. 8. Disponível em: <https://www.academia.edu/21948769/Comparative_Law_as_the_Study_of_Transplants_and_Receptions_The_Oxford_Handbook_of_Comparative_Law_2006_>. Acesso em: 21 fev. 2021.

¹⁷ GRAZIADEI, loc. cit.

¹⁸ GRAZIADEI, Michele. **Legal transplants and the frontiers of legal knowledge**. Jan. 2009. p. 10. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/41002619_Legal_Transplants_and_the_Frontiers_of_Legal_Knowledge>. Acesso em: 21 fev. 2021.

da Segunda Guerra Mundial.¹⁹ Há uma propagação da cultura jurídica anglo-americana²⁰ que pode inclusive ser considerada manifestação de um imperialismo normativo e informal.²¹ Por isso, há quem entenda que há um fenômeno de “americanização” do direito, o qual se relaciona com um debate “sobre como certas concepções dos fenômenos jurídicos que prevalece [sic] nos Estados Unidos podem triunfar sobre outras concepções”.²²

Nesse sentido, é necessário nos atentarmos ao fenômeno da globalização do direito, relacionado à reprodução de ideias, institutos e normas jurídicas para outras culturas jurídicas.

Sabe-se que a “transferência” de normas de uma tradição jurídica para outra pode ocorrer quando, com a competição entre diferentes contribuições normativas, certos atores decidem ou não por recepcioná-las.²³ Há autores que afirmam que isso se dá por um processo de transplante jurídico²⁴ ou até de imitação jurídica,²⁵ mas preferimos pensá-lo como um processo de tradução – que pode ser chamada de “tradução legal”²⁶ ou “tradução cultural da normatividade”²⁷. Afinal, se entendermos culturas jurídicas como sistemas de produção de significado diferentes, “a transferência de instituições jurídicas de um sistema para outro pode ser compreendida como traduções de um sistema diferentes como de significado para

¹⁹ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul.-dez. 2017. p. 21. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

²⁰ Sintetizada por Langer: “Essa influência americana sobre os sistemas jurídicos de outras nações vai desde a forma de abordagem do direito pela teoria legal (por exemplo, pragmatismo legal, direito e economia, o discurso dos direitos, etc.) até influências em áreas específicas (direito constitucional, direito tributário, direito dos valores mobiliários, direito empresarial, direito de patentes, arbitragem comercial internacional, etc.); educação legal e da estruturação da profissão de advogado (grandes escritórios de advocacia e valorização de profissão jurídica privada) até a reforma do judiciário; das doutrinas ou ferramentas jurídicas específicas (regras de exclusão constitucionais, a doutrina da *malícia expressa* na liberdade de expressão e da imprensa, ações de classe, etc) aos arranjos institucionais como a separação dos poderes e a revisão das decisões judiciais.” (ibidem, p. 21-23).

²¹ DUVE, Thomas. **Global legal history: a methodological approach**. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2016-04. p. 6. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=02781104>. Acesso em: 6 fev. 2021.

²² LANGER, op. cit., p. 115.

²³ DUVE, op. cit., p. 5.

²⁴ Em inglês, “legal transplant” (por exemplo, cf. GRAZIADEI, 2009, p. 1).

²⁵ No original, “legal imitation” (por exemplo, cf. GRAZIADEI, 2006, p. 8).

²⁶ Em inglês, “legal translation” (LANGER, op. cit., p. 27).

²⁷ No original, “cultural translation of normativity” (DUVE, op. cit., p. 5).

outro”.²⁸ A título exemplificativo, é possível observar que institutos similares ao *plea bargaining* estadunidense foram adotados em países de *civil law*.²⁹

Diante disso, é preciso desde já alertar que no presente trabalho não se tratará propriamente de um processo de transferência de regras do sistema estadunidense para o brasileiro, mas sim da influência – pensada de maneira ampla – do primeiro sobre debates que propuseram e propõem mudanças de entendimento jurisprudencial e de reforma infraconstitucional e constitucional no Brasil. Como país mais influente do Ocidente, os Estados Unidos acabam servindo de inspiração para se repensar o modelo brasileiro de execução antecipada da pena, mesmo que, como se verá adiante, a questão seja complexa demais para ser facilmente solucionada por uma mera transferência de normas.

Porém, antes de tudo, é preciso esclarecer sobre como a comparação jurídica é entendida nesta pesquisa, de modo a estabelecer diretrizes mínimas para que seja possível realizar um estudo de direito comparado entre Brasil e Estados Unidos.

1.2 SOBRE A COMPARAÇÃO JURÍDICA

Conforme definição de Francisco Ovídio, o direito comparado é disciplina científica que se preocupa em estudar, de forma comparativa e sistemática, “instituições ou sistemas jurídicos diversamente situados no espaço ou no tempo”³⁰ – trata-se respectivamente das comparações ditas horizontal e vertical,³¹ embora possa se argumentar que aquele seria o direito comparado propriamente dito, enquanto que este se trataria história do direito ou de história do direito comparada.³²

Tradicionalmente, a doutrina aponta várias funções do direito comparado – dentre elas, há uma vertente crítica (que pretende contrastar o direito nacional com o estrangeiro e aperfeiçoá-lo)³³ e uma hermenêutica (como técnica de interpretação jurídica, nem que para ressaltar os sentidos diversos de certas normas em diferentes

²⁸ LANGER, op. cit., p. 27-28.

²⁹ Ibidem, p. 28.

³⁰ OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito - USP**, São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984. p. 165. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**, Belo Horizonte, v. 7, p. 35-51, 1955. p. 40. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/889>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

³² SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de direito comparado**: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2008. p. 150.

³³ Ibidem, p. 52.

ordenamentos),³⁴ além de uma aplicação prática para reforma legislativa (como instrumento de contribuição para a construção de políticas legislativas). Quanto a esta última, costuma-se alertar que ela não pode ser feita de forma descuidada, dependendo, principalmente, da análise de constitucionalidade e de compatibilidade sistêmica da norma a ser, eventualmente, recepcionada.³⁵

Segundo Pierre Legrand, o pesquisador que se dedica ao estudo do direito comparado deve, ao analisar dois sistemas jurídicos diferentes, reconhecer que eles são “‘incomensuráveis’ um em relação ao outro”,³⁶ no sentido de que lhes falta uma medida comum que permitiria hierarquizá-los. Pela ética da comparação, o comparatista deve abordar o direito estrangeiro com respeito e reconhecimento às suas diferenças,³⁷ sem menosprezá-lo com relação ao direito de qual parte. Por outro lado – e especialmente tendo-se em conta a problematização trazida neste trabalho –, entendemos que o contrário também é verdadeiro, no sentido de que não se deve ter o direito alheio como superior, inferiorizando o próprio direito nacional: deve-se reconhecer que ambos se relacionam com diferentes construções históricas, culturais, políticas, sociais e econômicas, sendo igualmente merecedores de respeito. Consequentemente, não se deve “simplesmente copiar estrangeirismos por puro modismo, deixando de levar em considerações [sic] as peculiaridades da ordem jurídica pátria”.³⁸

Sobre o recorte da comparação no âmbito das ciências criminais, Markus Dubber alerta que o direito penal é uma área do direito que, em especial, demanda uma análise crítica. Também de acordo com o autor, o direito penal comparado pode contribuir para isso, desde que empregado de maneira contextualizada³⁹ e visto a partir de uma perspectiva ampla de crítica sobre o direito, sem cair na “confirmação

³⁴ Ibidem, p. 46.

³⁵ Ibidem, p. 56.

³⁶ LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução de: HACHEM, Daniel Wunder. São Paulo: Contracorrente, 2018. Edição Kindle. Idioma original: francês. Posição 223.

³⁷ Ibidem, posição 728.

³⁸ SGARBOSSA; JENSEN, op. cit., p. 42.

³⁹ DUBBER, Markus Dirk. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1287-1325. p. 1306. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228244890_Comparative_Criminal_Law>. Acesso em: 6 fev. 2021.

de noções pré-concebidas sobre a superioridade – ou inferioridade – do sistema de direito penal interno”.⁴⁰

Dando como exemplo a comparação do direito brasileiro com o inglês, Legrand afirma que é impossível esses sistemas dialogarem entre si, mas “somente uma ‘negociação’ é exequível”,⁴¹ e é essa a tarefa do comparatista. Porém, este deve estar ciente que, ao se colocar diante do direito estrangeiro, inevitavelmente o vê com as lentes de sua própria formação jurídica, pois é impossível que o sujeito se desprenda de si mesmo. O jurista que pretende realizar uma comparação jurídica não pode ficar apegado a uma ideia inalcançável de objetividade, visto que o seu trabalho será, de uma forma ou de outra, influenciado por uma pré-compreensão.⁴²

Ainda de acordo com o professor Legrand, é importante que o pesquisador de direito comparado não se atenha somente ao direito positivado ao analisar o direito estrangeiro. Isso porque a cultura daquela comunidade, que se encontra de maneira implícita no direito posto, é que explica as diferenças entre um sistema jurídico e outro:

[...] o comparatista constatará e apreciará ainda mais a diferença se ele aceitar abordar o Direito enquanto integrante de uma cultura, ou seja, a partir do momento em que ele se mostrar disposto a substituir a ideia (limitada, estreita) de “Direito (positivo)” por aquela (aberta, ampla) de “juriscultura”. Trata-se de abordar uma lei ou uma decisão jurisprudencial lembrando a todo momento que essa lei ou essa decisão não caiu do céu, para dizer as coisas em uma linguagem “popular”. Pelo contrário, a diferença está embutida em uma cultura. Ela se explica dessa forma à luz de uma cultura e só pode ser justificada à luz de uma cultura.⁴³

Neste trabalho, o foco maior e o ponto de partida são o direito positivo. Mesmo assim, em qualquer análise de direito comparado, deve-se sempre levar em consideração o contexto cultural em que aquele sistema jurídico se insere.

É preciso também destacar que “Não se deve estudar um outro Direito para compreendê-lo, portanto, mas sim para ouvi-lo, para compreender melhor a si mesmo”.⁴⁴ É nesse sentido que, a partir da análise do direito estadunidense, e assimilando as suas diferenças, a presente pesquisa pretende compreender melhor o direito brasileiro, no que tange ao tema específico que será tratado (a presunção de

⁴⁰ Tradução nossa. No original em inglês: “confirmation of preconceived notions about the superiority – or inferiority – of one’s domestic criminal law system” (ibidem, p. 1325).

⁴¹ LEGRAND, op. cit., posição 249.

⁴² Ibidem, posição 267-287.

⁴³ Ibidem, posição 571-575.

⁴⁴ Ibidem, posição 523.

inocência e o momento da execução da pena). A comparação jurídica depende necessariamente da efetiva escuta do outro direito, pois, sem esta, “incide a tentação da apropriação, da assimilação, de tudo aquilo que se camufla sob as ideias de ‘uniformização’ ou de ‘unificação’, ou mesmo de ‘harmonização’”,⁴⁵ conforme Legrand. Por isso, o autor sustenta

a comparação *apesar de tudo*, assim denominada a comparação que se faz a despeito do “meu” Direito, na medida em que esse se apresenta cegamente como uma totalidade jurídica, bem como a comparação *mesmo assim*, assim concebida a comparação realizada ainda que a análise mais refinada nunca seja capaz de retratar o outro Direito por completo, ainda que ela não possa descrever com perfeição o outro Direito.⁴⁶

No mesmo sentido, Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen destacam a contribuição do direito comparado para o aprimoramento do direito como ciência.⁴⁷ Os autores apontam que, “de forma quase paradoxal, um dos principais méritos do Direito Comparado é um melhor, mais profundo e mais completo conhecimento do próprio direito nacional de seu cultor”,⁴⁸ isto é, a compreensão do sistema alienígena faz com que o pesquisador tenha um melhor entendimento do seu direito nacional.

Com base nisso, para compreender a influência do direito estadunidense nos argumentos para se sustentar a “prisão em segunda instância” no Brasil, serão examinadas diferenças estruturais entre o sistema jurídico brasileiro e estadunidense, abrangendo, por exemplo, características gerais do processo penal em ambos os países e a estrutura dos seus sistemas judiciários. Nesse sentido, será realizada uma macrocomparação, que “compara, em uma escala maior, a função dos sistemas jurídicos e suas características fundamentais”,⁴⁹ relacionada ao método dito estrutural. Por outro lado, também será realizada uma microcomparação com relação ao conceito específico da presunção de inocência e do momento da execução da pena privativa de liberdade em ambos os sistemas, o que se dará principalmente pela análise de normas positivadas e decisões judiciais, recorrendo-se ao método analítico.⁵⁰ Como o foco deste trabalho não é de uma análise histórica, tratar-se-á da

⁴⁵ Ibidem, posição 894.

⁴⁶ Ibidem, posição 896-898.

⁴⁷ SGARBOSSA; JENSEN, op. cit., p. 39.

⁴⁸ Ibidem, p. 40.

⁴⁹ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, set.-dez. 2016. p. 201. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁵⁰ Ibidem, p. 200-201.

comparação chamada de horizontal – embora, por vezes, será preciso recorrer a breves apontamentos históricos.

2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O MOMENTO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

O sistema jurídico brasileiro pertence à família do *civil law*, isto é, da tradição romano-germânica.⁵¹ Segundo René David e Camille Jauffret-Spinosi, o aspecto fundamental que dá unidade a essa família é a concepção de que a regra jurídica deve ser dotada de generalidade para que, em um ordenamento jurídico sistematizado, seja possível aos juízes e tribunais deduzir dessa regra como solucionar casos concretos.⁵² Em razão dessa falta de maior especificidade, há, em países de *civil law*, um menor número de regras aplicáveis a cada caso. A fácil identificação dessas regras, porém, não faz com que haja maior segurança jurídica: como as regras jurídicas são mais gerais, sobre elas há um maior campo de interpretação, de forma que a generalidade da regra lhe confere “necessariamente menor precisão e, portanto, aos juízes, uma liberdade maior em sua aplicação”.⁵³ Também por isso, é importante ressaltar que, em que pese a importância da codificação, na tradição de *civil law* a jurisprudência também tem papel relevante em explicitar o sentido dado a uma norma.⁵⁴

Nessa linha, cabe apontar que, no Brasil, reformas legislativas têm gradativamente procurado implantar um modelo de precedentes judiciais,⁵⁵ o que foi tornado ainda mais explícito com a promulgação do novo Código de Processo Civil (CPC) no ano de 2015, que prevê que a jurisprudência deverá ser uniformizada e mantida “estável, íntegra e coerente”,⁵⁶ bem como o que se entende por precedentes e que eles serão dotados de publicidade,⁵⁷ por exemplo. Em que pese se tratar de alteração na legislação processual civil, não há dúvidas de que ela também se aplica ao processo penal.⁵⁸

⁵¹ Cf. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Tradução de: CORDERO, Jorge Sánchez. 11. ed. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010. Livro digital. p. 51. Título original: Les grands systèmes de droit contemporains.

⁵² Ibidem, p. 67-68.

⁵³ Tradução nossa. No original em espanhol: “[...] necesariamente menor precisión y por ende a los jueces, una libertad mayor en su aplicación” (ibidem, p. 70).

⁵⁴ DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, loc. cit.

⁵⁵ ROCHA JR., Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. O regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos criminais dirigidos aos Tribunais Superiores conforme o CPC/2015. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 423-450, jan.-abr. 2020. p. 427. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/274>>. Acesso em: 11 mar. 2021

⁵⁶ Art. 926. BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17. mar. 2015. p. 1.

⁵⁷ Cf. art. 927 do CPC.

⁵⁸ ROCHA JR., op. cit., p. 428-429.

Além disso, quanto ao sistema processual penal do Brasil, é importante notar que a maior parte dos processos criminais é julgada pelo juiz singular, pois a Constituição Federal de 1988 garante o julgamento pelo Tribunal do Júri apenas nos casos de crimes dolosos contra a vida.⁵⁹ Essa competência constitucional do Tribunal do Júri é ainda mais estreita se levado em conta, por exemplo, que sobre ela prevalece a competência definida por prerrogativa de função (relativa a algumas autoridades) prevista na Constituição.⁶⁰

Também é preciso salientar que desde a década de 1990, como consequência do aumento do espaço da negociação penal no processo penal brasileiro, vêm sendo introduzidos institutos que afastam o julgamento do mérito dos casos penais considerados menos graves, tais como a transação penal,⁶¹ a suspensão condicional do processo⁶² e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal.⁶³

Feitas essas breves observações mais gerais, é necessário abordar aspectos mais específicos do sistema de Justiça Criminal brasileira, começando pelos órgãos que o compõem, para então adentrar na questão da competência criminal dos tribunais das instâncias extraordinárias.

2.1 ASPECTOS DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA E A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM MATÉRIA PENAL

Na Justiça Estadual criminal do Brasil, os juízes criminais atuam na primeira instância jurisdicional, sendo que a segunda é composta pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. No sistema criminal federal, há juízes federais de primeiro grau de jurisdição e, no segundo grau, há cinco Tribunais Regionais Federais, cada um abrangendo o território de alguns Estados. Hierarquicamente acima destes tribunais estaduais e federais, há tribunais superiores. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) detém competência comum (estadual e federal) criminal, podendo, portanto, julgar recursos a partir de decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos

⁵⁹ Art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

⁶⁰ Cf. Súmula nº 721 do STF.

⁶¹ Art. 76 da Lei nº 9.099/1995.

⁶² Art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

⁶³ Art. 28-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019.

Tribunais Regionais Federais. Também tem essa competência o STF,⁶⁴ cujo papel é o de Corte Suprema, cabendo-lhe a guarda da Constituição.⁶⁵

O STF e o STJ têm competência em matéria penal para julgar originariamente certos processos criminais, bem como, a nível recursal, para julgar recursos ordinários e excepcionais (estes incluem o recurso extraordinário, dirigido ao STF, e o recurso especial, dirigido ao STJ), conforme os artigos 102 e 105 da Constituição Federal. Assim, por exemplo, após o julgamento de apelação criminal pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou pelos Tribunais Regionais Federais, pode ser possível ainda se recorrer às instâncias superiores.

O STF, por funcionar como corte constitucional, decide sobre a interpretação e eventual violação da Constituição, enquanto o STJ decide sobre a legislação federal. A Constituição de 1988 contém normas importantes em matéria penal, como a garantia da ampla defesa, a irretroatividade *in pejus* da lei penal, a vedação de penas cruéis, os crimes inafiançáveis e, como será tratado mais profundamente adiante, a presunção de inocência. Além disso, o artigo 22, inciso I, da Constituição, prevê que compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual (incluindo, aqui, processual penal), de forma que, em regra,⁶⁶ é federal a legislação sobre matéria penal e processual penal. Sendo assim, há um amplo leque de normas, constitucionais e infraconstitucionais, sobre as quais cabe ao STF e STJ decidir.

Ademais, em matéria criminal, além dos recursos, há ações autônomas de impugnação, dentre as quais a mais utilizada é o *habeas corpus*, previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição. Ele assume especial relevância por ser instrumento contra qualquer restrição ao direito de ir e vir, podendo ser impetrado sempre que alguém tiver – ou estiver em vias de ter – esse direito ilegalmente ou abusivamente violado. Como um processo criminal pode terminar com a imposição de uma pena, e mesmo antes disso o réu pode ser preso – por prisão preventiva, por exemplo –, o manejo do *habeas corpus* é frequente na Justiça Criminal. No Brasil, a mora da Justiça para que sejam julgados recursos e a falta da previsão em lei de recursos contra certas decisões judiciais são alguns dos fatores que podem explicar o que se tem chamado de uso indiscriminado do *habeas corpus*. Não raro essas ações mandamentais

⁶⁴ Art. 92 da CRFB.

⁶⁵ Art. 102, *caput*, da CRFB.

⁶⁶ A exceção é no caso de haver lei complementar que autorize os Estados a legislar sobre questões específicas da matéria de competência privativa da União (art. 22, parágrafo único, da CRFB).

chegam aos tribunais superiores, visto que a competência para julgar um *habeas corpus* é do Juízo de nível de jurisdição imediatamente superior ao da autoridade coatora. Portanto, em tese, se uma ação penal tramita perante Juízo de primeiro grau de jurisdição, é possível impetrar *habeas corpus* perante um Tribunal de segundo grau de jurisdição; caso seja denegada a ordem, é possível impetrar novo *habeas corpus* no STJ, pois a autoridade coatora é Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal; contra a decisão do STJ, é possível, ainda, impetrar *habeas corpus* no STF – embora, conforme o entendimento dos tribunais, o correto seria interpor recurso ordinário em *habeas corpus* para atacar a decisão denegatória proferida por órgão colegiado. Porém, mesmo no caso de ser o *habeas corpus* substitutivo do recurso cabível, não sendo ele conhecido pelo tribunal, este ainda deve analisar se há manifesta ilegalidade que justifique a concessão da ordem mesmo assim, de ofício.⁶⁷ Assim, mesmo os tribunais superiores julgam vários *habeas corpus*, sem que o paciente que será beneficiado com a decisão ocupe algum cargo de autoridade e sem haver qualquer tipo de filtro sobre a relevância do caso para merecer o pronunciamento da corte.

Além disso, como já exposto, é possível interpor nos tribunais superiores recursos excepcionais, uma vez esgotada a jurisdição ordinária com o julgamento de uma apelação criminal. Pela jurisprudência do STF e STJ, cabe analisar, em sede de recursos excepcionais, apenas a matéria de direito e não a de fato,⁶⁸ o que significa dizer que o tribunal superior deve aceitar que os fatos se deram conforme foi entendido pela jurisdição ordinária,⁶⁹ podendo, no entanto, conferir valoração diferente àqueles mesmos fatos. Assim, tendo por fundamento discussão jurídica acerca da interpretação e aplicação da legislação federal e da Constituição, é possível à defesa questionar uma condenação criminal até os tribunais superiores, impedindo o trânsito em julgado do decreto condenatório. No caso do STF, isso faz com que tramitem vários – e em quantidade que vem aumentando ao longo dos anos – pedidos de *habeas corpus*, “o que é incompatível com o perfil de uma corte constitucional”.⁷⁰

⁶⁷ Por exemplo, cf. Habeas Corpus nº 636.093, julgado pela Quinta Turma do STJ em 1º de março de 2021; Habeas Corpus nº 612.514, julgado pela Quinta Turma do STJ em 9 de fevereiro de 2021.

⁶⁸ Cf. Súmula nº 7 do STJ e Súmula nº 279 do STF.

⁶⁹ ROCHA JR., op. cit., p. 426.

⁷⁰ NUNES, Mariana Madera. O cabimento de habeas corpus e a jurisprudência defensiva do Supremo. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 63-82. p. 65.

Em razão disso, os tribunais desenvolveram uma “jurisprudência defensiva” para impor diversas restrições à admissibilidade de recursos (não somente em matéria criminal) e *habeas corpus*, principalmente através da edição de súmulas⁷¹ – pretendendo diminuir, assim, a quantidade de processos em trâmite e pendentes de julgamento.

No âmbito da análise proposta nesta pesquisa, é especialmente importante a discussão sobre o efeito suspensivo dos recursos excepcionais. Isso porque, conforme lição de Aury Lopes Jr., “por efeito suspensivo se entende aquele obstáculo legal a que a sentença proferida possa surtir todos os seus efeitos antes do trânsito em julgado”,⁷² o que “determina a impossibilidade de executar-se a resolução judicial recorrida”.⁷³ Assim, no processo penal, o efeito suspensivo impediria a expedição de mandado de prisão com fundamento no decreto condenatório, seja ele sentença ou acórdão.

Os recursos extraordinário e especial são constitucionalmente previstos e a sua regulamentação está no novo CPC. Este dispõe que, em regra, os recursos em geral não são dotados de efeito suspensivo, a não ser que este esteja expressamente previsto em lei ou seja concedido judicialmente (*caput* do artigo 995).⁷⁴ Especificamente quanto aos recursos especial e extraordinário, o § 5º do artigo 1.029 prevê a possibilidade de formulação de requerimento para que, no caso concreto, se obtenha a concessão judicial de efeito suspensivo ao recurso. Assim, pela legislação processual civil, os recursos excepcionais não possuem “efeito suspensivo automático”. Transpondo essa questão para o âmbito criminal, porém, há um debate sobre se essa ausência de efeito suspensivo também é aplicável ao processo penal e, em não havendo efeito suspensivo, se isso significa que a sentença penal condenatória pode ser executada uma vez esgotados os recursos na jurisdição ordinária, mesmo tendo sido interposto recurso especial ou extraordinário.⁷⁵

⁷¹ Por exemplo, sobre o recurso extraordinário: Súmulas 208, 281, 282 e 284 do STF; sobre o recurso especial: Súmulas 83, 115 e 207 do STJ; sobre o *habeas corpus*: Súmulas 606 e 691 do STF.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital. p. 1524.

⁷³ *Ibidem*, p. 1524.

⁷⁴ Mesmo antes do advento do CPC de 2015, entendia-se, por uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990, que os recursos especial e extraordinário não tinham efeito suspensivo, pois o referido dispositivo menciona apenas o seu recebimento no efeito devolutivo (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 891).

⁷⁵ É importante notar que, no âmbito criminal, o assunto tem relação com a prescrição da pretensão punitiva estatal. Isso porque o início do cumprimento da pena é uma das causas interruptivas do prazo

Quanto ao entendimento dos tribunais sobre essa questão, o Plenário do STF considerava, a exemplo de decisão de 1997, que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”.⁷⁶ Com a mudança jurisprudencial de 2009, porém, asseverou o Pleno que, mesmo nas instâncias superiores, deve vigorar a ampla defesa, a qual seria inevitavelmente restringida pelo início antecipada do cumprimento da pena privativa de liberdade, e foi estabelecido que não estava autorizada a expedição de mandado de prisão apenas em razão da condenação ou sua confirmação em sede de apelação – sendo assim, seria permitida a prisão antes do trânsito em julgado da condenação apenas em caráter cautelar.⁷⁷ Isso fez com que se afirmasse que “na prática, o Supremo Tribunal Federal, ao assim decidir, conferiu efeito suspensivo para todo e qualquer recurso contra decisão penal condenatória de forma indistinta”.⁷⁸ Por fim, após ter retornado em 2016 à mesma concepção da década de 1990,⁷⁹ o Supremo atualmente entende que se deve aguardar o esgotamento de todos os recursos para que seja possível dar início ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em não sendo o caso de prisão cautelar.⁸⁰ Diante disso, pode-se afirmar que hoje não é mais aplicável – embora ainda vigente – a Súmula nº 267 do STJ, editada em 2002,

prescricional (art. 117, V, do Código Penal). Recentemente, porém, o Pleno do STF tornou mais difícil que ocorra a prescrição ao reconhecer, no Habeas Corpus nº 176.473, que interrompe o curso do prazo prescricional não apenas o acórdão condenatório recorrível (expressão usada no inciso IV) como também o acórdão confirmatório da condenação proferida em primeiro grau de jurisdição. Sobre esse ponto, é interessante apontar, também, que o prazo prescricional é suspenso, deixando de correr, se houver decisão de inadmissão do recurso especial ou extraordinário (ROCHA JR., op. cit., p. 441-442).

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 74.983-6. Origem: Rio Grande do Sul. Paciente: Mário Somensi. Impetrante: Gerson G. da Costa. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Decisão de julgamento proferida em 30 de junho de 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 28 ago. 1997. p. 261. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁷⁷ BRASIL, 2010, p. 1048.

⁷⁸ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015. p. 118. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/29112>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁷⁹ No *Habeas Corpus* nº 126.292 (BRASIL, 2016b).

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 43. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Econômico Nacional - PEN. Ação declaratória de constitucionalidade nº 44. Origem: Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Ação declaratória de constitucionalidade nº 54. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Comunista do Brasil - PC do B. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão de julgamento conjunto proferida em 7 de novembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 12 nov. 2020e. p. 2. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

segundo a qual a interposição de recurso contra sentença condenatória e desprovido de efeito suspensivo não obsta a expedição de mandado de prisão.⁸¹

Na doutrina, Aury Lopes Jr. destaca que o fato de dos recursos especial e extraordinário não possuírem efeito suspensivo e o “equivocado tratamento da matéria na esfera penal”⁸² fizeram com que se justificasse a execução antecipada da pena no Brasil, violando-se a presunção de inocência. Para o autor e Gustavo Badaró, a ausência de efeito suspensivo atualmente prevista no CPC não seria aplicável ao processo penal em razão das suas particularidades quando comparado ao processo civil. No âmbito processual penal, a discussão não se reduz meramente a uma questão de direito processual sobre efeito recursal, pois o que está em jogo é a liberdade de alguém:

[...] há que se considerar – e assumir – que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o “tempo” que lhe foi tomado se, ao final, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal der provimento ao recurso especial ou extraordinário, para, por exemplo, anular *ab initio* o processo, ou reduzir sua pena ou, ainda, alterar o regime de cumprimento. Recordemos Carnelutti, quando dizia que uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal era exatamente essa: enquanto o processo civil se ocupa do “ter”, o processo penal lida como o “ser”. Portanto, é de outra coisa – que não mero “efeito” recursal – que estamos tratando ao discutir a eficácia temporal da garantia constitucional da presunção de inocência.⁸³

Com efeito, como apontam os autores, diferentemente do processo civil, no processo penal os efeitos da condenação, especialmente no caso de aplicação de pena privativa de liberdade – aplicada sobre o corpo do indivíduo –, são absolutamente irreversíveis. Particularmente no caso do regime fechado de cumprimento de pena, deve-se considerar não somente o tempo de cárcere, mas os danos causados pelo poder punitivo em sua totalidade.⁸⁴ Sendo assim, há que se

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 267. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Terceira Seção, em 22 de maio de 2002. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 29 maio 2002, p. 135. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=267>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁸² LOPES JÚNIOR., op. cit, p. 1701.

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo: 20 maio 2016. Parecer. p. 28 e 32-33. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

⁸⁴ Citando Massimo Pavarini e André Giamberardino, Rodrigo Roig lembra que “a prisão ‘é, em sua dimensão material, produção de sofrimento na forma de privação e limitação de direitos e expectativas’, colocando-se nas sombras do não jurídico. Em outras palavras, ‘é e permanece, não diversamente de outras formas de punir, como um sofrimento imposto intencionalmente, com finalidades de degradação.

admitir no mínimo uma dificuldade em se defender uma ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, para disso deduzir que o cumprimento da pena seria autorizado quando esgotada a via recursal ordinária. E isso também em razão de, no âmbito criminal, vigorar uma categoria jurídica própria, a presunção de inocência, que será tratada a seguir.

2.2 O MODELO BRASILEIRO DE ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO DE LIBERDADE DO ACUSADO

A presunção de inocência⁸⁵ está no cerne do debate sobre a execução antecipada da pena, pois a principal discussão está em saber se, afinal, esta ofende aquela. Isso envolve saber exatamente qual o alcance da presunção de inocência (o que ela é e o que ela não é), o que faz com que se tenha que perpassar pela normativa nacional e internacional a respeito.

No Brasil, a presunção de inocência foi consagrada pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸⁶ A exemplo das Constituições italiana e portuguesa, a Constituição brasileira de 1988 tem o trânsito julgado enquanto marco, até o qual um acusado deve ser presumido inocente. Segundo Aury Lopes Jr., “neste ponto nosso texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência”.⁸⁷

E o efeito degradante da pena se determina na ‘coisificação’ do condenado-recluso, na sua redução à escravidão, à sujeição, em poucas palavras, ao poder de outrem” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital. p. 15).

⁸⁵ Debate-se, na doutrina, sobre se a presunção de inocência funciona como princípio ou regra em nosso sistema. Quem afirma que se trata de uma regra entende que, nos moldes da regra do “tudo ou nada” de Dworkin, “ela deve ser aplicada de forma plena até sua materialização em sentido contrário” (DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1143-1174, set.-dez. 2018. p. 1151). Trata-se de uma consequência diferente da sua aceção enquanto princípio, pois, na visão de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, realizados apenas na medida do possível (ibidem, p. 1149). Neste trabalho, não se pretende adentrar nessa discussão, não apenas por não ser esse o nosso objetivo, mas para facilitar a comparação com o direito estrangeiro (visto que, em um ordenamento, a presunção de inocência pode ser vista como regra, e em outro como princípio). Assim, será utilizado o termo “presunção de inocência”, somente.

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

⁸⁷ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 140.

Segundo Décio Franco David, a garantia da presunção de inocência é derivada do princípio da culpabilidade.⁸⁸ Este, para Juarez Cirino dos Santos, “é o segundo instrumento mais importante de proteção individual no Estado de Direito, porque proíbe punir pessoas que não preenchem os requisitos do juízo de reprovação”,⁸⁹ ou seja, “se não ocorrer confirmação do silogismo de culpa [...] o Estado não poderá intervir na liberdade física dos cidadãos”.⁹⁰

Nesse sentido, indubitavelmente, a presunção de inocência é garantia fundamental em qualquer Estado Democrático de Direito. Para Vegas Torres, a presunção de inocência se manifesta enquanto “princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal”.⁹¹ Como coloca Gustavo Badaró,

A presunção de não culpabilidade é fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.⁹²

Esse sentido é o que Badaró chama de garantia política da presunção de inocência. Há, também, um significado de regra de julgamento, que incide no campo probatório, para fazer com que a condenação do acusado só seja possível se não pairar sobre a sua responsabilidade criminal dúvida além da razoável (*beyond a reasonable doubt*) – assim, há um “nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatório”,⁹³ de forma que, em caso de “dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”,⁹⁴ deve-se decidir em favor do réu (*in dubio pro reo*).

Porém, a dimensão da presunção de inocência que mais nos interessa neste trabalho é aquela relacionada ao tratamento do acusado no processo penal. Para Aury Lopes Jr., a presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, “impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como

⁸⁸ DAVID, 2014 apud. DAVID; BONATO, op. cit., p. 1151-1152.

⁸⁹ Ibidem, p. 1153.

⁹⁰ DAVID; BONATO, loc. cit.

⁹¹ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 139.

⁹² BADARÓ, op. cit., p. 57.

⁹³ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 143

⁹⁴ BADARÓ, op. cit., p. 57.

inocente)”.⁹⁵ Segundo Badaró, trata-se de uma regra de tratamento que faz com que, durante o processo, o acusado não possa ser “equiparado ao culpado”.⁹⁶ Ambos os autores enfatizam que disso decorre a excepcionalidade das prisões processuais.

Com efeito, em nosso sistema, é possível a prisão do acusado, no curso do processo, de maneira cautelar. A prisão cautelar ou processual também é chamada de prisão provisória, o que enfatiza o fato de o réu preso ainda não ter sido efetivamente condenado. Dentre as modalidades de prisão provisória, a principal e mais comumente utilizada é a prisão preventiva, que pode vigorar por tempo indeterminado. Conforme já entendia a jurisprudência⁹⁷ e deixam claro as alterações da Lei nº 13.964/2019 no CPP, a sua decretação precisa ser motivada e exige a verificação de elementos concretos que apontem para a sua necessidade – inclusive em contraposição a medidas cautelares não privativas de liberdade – para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”,⁹⁸ desde que haja “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.⁹⁹

Outra consequência da manifestação da presunção de inocência como dever de tratamento é a impossibilidade da execução antecipada da pena,¹⁰⁰ ou, ao menos, a “resistência” a esta.¹⁰¹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se manifestou nesse sentido. No caso Ricardo Canese vs. Paraguai – em que Canese, após ter sido condenado por juiz de primeiro grau, foi impedido de sair do Paraguai –, a CIDH decidiu que a restrição ao direito de ir e vir foi uma forma de execução antecipada da pena, a qual ofendeu a presunção de inocência.¹⁰²

⁹⁵ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 141.

⁹⁶ BADARÓ, op. cit., p. 58.

⁹⁷ A título meramente exemplificativo, cf. *Habeas Corpus* nº 595.562, julgado pela Sexta Turma do STJ em 23 de fevereiro de 2021; *Habeas Corpus* nº 612.514, julgado pela Quinta Turma do STJ em 9 de fevereiro de 2021.

⁹⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13. out. 1941. p. 19699. Art. 312, *caput*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ BADARÓ, op. cit., p. 58.

¹⁰¹ CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-21, jan.-jun. 2017. p. 2. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1949>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

¹⁰² DAVID; BONATO, op. cit., p. 1161.

Como, no Brasil, por expressa previsão constitucional (no inciso LVII do artigo 5º), a garantia de presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado do decreto condenatório, o Ministro Eros Grau, do STF, afirmou que

[...] a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. [...] Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu art. 5º [...] apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite que seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.¹⁰³

Com efeito – e essa é, atualmente, a posição do STF –, a Constituição de 1988 coloca que o sujeito não pode ser presumido culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que esse seria o marco a partir do qual, reconhecida a culpabilidade do condenado, teria o Estado o direito de puni-lo, dando início ao cumprimento da pena.

Apesar do referido dispositivo constitucional prever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁰⁴ e não que “ninguém será preso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (até porque a própria Constituição prevê a hipótese da prisão em flagrante delito, no inciso LXI do artigo 5º), é importante notar que não faria sentido que alguém cumprisse pena por um delito pelo qual ainda não pode ser considerado culpado. Para se chegar a essa conclusão, é possível recorrer à teoria do delito,¹⁰⁵

¹⁰³ BRASIL, 2010, 1057-1058.

¹⁰⁴ BRASIL, 1988.

¹⁰⁵ “Em termos jurídicos, a prisão como *execução da pena* (desprovida de natureza cautelar) exige obrigatoriamente que o acusado tenha sido considerado *culpado*, porque a aplicação da sanção penal requer a prévia ocorrência de crime, e o crime só se configura quando estiverem presentes três elementos: (i) antijuridicidade; (ii) tipicidade; (iii) *culpabilidade*. A declaração de culpabilidade é condição necessária para a execução da pena. Logo, um acusado pode ser declarado culpado antes de ter sofrido a pena, mas não pode sofrer a pena antes de ser declarado culpado. Portanto, para que seja executada a pena de prisão, é preciso ter crime; para que haja crime, é preciso que tenha sido declarada a culpa; e para a Constituição da República, só se pode considerar o acusado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ou seja, essa tentativa de diferenciar “*ninguém será considerado culpado*” de “*ninguém poderá ser preso*” é falaciosa, porque ignora o fato de que, para o Direito, ser preso no sentido de “cumprir pena” pressupõe necessariamente que o condenado já seja considerado culpado. A tentativa de distinção, por consequência, não procede.” (HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 86, 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 1º fev. 2021).

que tem a culpabilidade como um de seus elementos e sem a qual não é possível que o réu seja condenado a uma pena (mas, no máximo, a uma medida de segurança). Entretanto, mesmo pessoa leiga entende o problema em se fazer com que comece a cumprir pena pela prática (em tese) de um crime uma pessoa que, por expressa previsão constitucional, ainda não é considerada culpada: é como se o Estado autorizasse a punição de um inocente.

Sobre o sentido do referido dispositivo constitucional e a diferença entre se estar prendendo um condenado a título cautelar ou para promover a execução da pena, discorrem Estefânia Barbosa e Guilherme Lucchesi:

Por certo, a Constituição não define expressamente o que é considerar alguém culpado, podendo se argumentar que a execução provisória da pena criminal não significa que se esteja considerando o recorrente culpado, assim como nas prisões cautelares processuais. A diferença, no entanto, é que nas prisões processuais, há algum fundamento cautelar ou pré-cautelar (no caso da prisão em flagrante) a ser atendido, sendo a prisão instrumental a alguma finalidade processual. Por outro lado, a execução provisória da pena, na pendência de recurso especial ou extraordinário, tem por fundamento tão somente a (pretensa) culpa do recorrente.¹⁰⁶

Por isso, os autores, ao comentarem decisão do STF,¹⁰⁷ afirmam que, no nosso ordenamento, admitir a execução antecipada da pena significaria que

ou passamos a entender que a prisão de alguém baseada em sua culpa não significa considerá-lo culpado, torcendo a lógica e executando pena restritiva de liberdade em relação a pessoas inocentes, ou admitimos que o texto de uma cláusula pétrea constitucional pode ser totalmente desconsiderado, abrindo perigoso precedente para futuras infrações à ordem constitucional.¹⁰⁸

Ainda, mesmo que se admita que há mais de uma interpretação possível para o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, Daniel Hachem enfatiza que a hermenêutica constitucional deve ser conforme os princípios da força normativa e da máxima efetividade das normas constitucionais, de forma que “em caso de interpretação dúbia é preciso adotar aquela que atribua maior eficácia à norma constitucional, em especial àquelas definidoras de direitos fundamentais”.¹⁰⁹ Assim, mesmo que se entenda existir uma dubiedade no referido dispositivo constitucional,

¹⁰⁶ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação inconstitucional do STF no HC 126.292. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico**, ano 4, edição especial, p. 6-7, 2016. p. 6-7.

¹⁰⁷ Trata-se do *Habeas Corpus* nº 126.292.

¹⁰⁸ BARBOSA; LUCCHESI, op. cit., p. 7.

¹⁰⁹ HACHEM, op. cit.

haveria que se reconhecer um dever de se acolher a interpretação mais protetiva, isto é, a que veda a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação – inclusive com fundamento no princípio *pro homine*, afirmado pela CIDH e pelo qual deve ser adotada a leitura mais benéfica possível para o ser humano.¹¹⁰

Esse ponto é importante também, ao se interpretar o texto do inciso LXI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”.¹¹¹ A expressão “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” pode até ser dotada de alguma ambiguidade, mas nos parece ser equivocada a interpretação que pretende depreender dessa previsão constitucional que um decreto condenatório recorrível permita a execução antecipada da pena¹¹² – especialmente porque, como já exposto, a culpabilidade é requisito para quem alguém receba uma pena e, conforme o inciso LVII do artigo 5º, só é reconhecida com o advento do trânsito em julgado da condenação.¹¹³ De qualquer forma, se este último entendimento é possível e confere maior eficácia a norma constitucional que dispõe sobre direito fundamental do cidadão (a sua liberdade de locomoção) deve prevalecer.

Por fim, cabe mencionar, lembrando Goldschmidt, que o processo penal é afetado por guinadas autoritárias ou democráticas e particularmente a presunção de

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ BRASIL, 1988.

¹¹² A título exemplificativo, veja-se o voto do Ministro Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 126.292: “Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988. [...] considerando-se ambos os incisos [LVII e LXI do artigo 5º], é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. [...] por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.” (BRASIL, 2016b, p. 35-37).

¹¹³ Explica Heloisa Estellita: “o pressuposto *sine qua non* da aplicação da pena é a afirmação da culpa (em sentido lato) de um sujeito concreto acusado por um crime concreto. A afirmação dessa culpa só pode se dar por meio das regras do devido processo legal. Com outras palavras, a afirmação da culpa (em sentido lato) é uma conclusão acerca da tipicidade, ilicitude e de culpabilidade daquele concreto acusado, alcançada por meio de um devido processo legal, no âmbito do qual se tenha obtido a comprovação empírica de todos os pressupostos da pena. Disso deriva que a discussão sobre qualquer um desses pressupostos impede uma afirmação definitiva de culpa daquele acusado por aquele fato concreto. Daí que a exigência constitucional de definitividade do juízo de culpa para a aplicação da pena só possa se dar quando não estejam sendo mais discutidos esses pressupostos, o que independe de o recurso admitir ou não a discussão de fatos ou provas, e de ter ou não efeito suspensivo.” (ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 709-730, mai.-ago. 2018. p. 721-722. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/141/125>>. Acesso em: 28 fev. 2021).

inocência é muito sensível a mudanças políticas, pois, por ela, percorrem “pontos de fuga capazes de orientar as decisões judiciais em ambos os sentidos”¹¹⁴ – o que, de fato, parece se verificar recentemente no Brasil, no que tange à execução antecipada da pena.

2.3 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL

Mesmo após a Constituição de 1988, no Brasil já se procedeu abertamente ao recolhimento de réus à prisão para cumprimento de pena privativa de liberdade sem que houvesse sentença penal condenatória transitada em julgado. O debate acerca da possibilidade ou não, sob a égide constitucional, da execução antecipada da pena se intensificou a partir de 2016, quando o STF mudou o que havia sido o seu entendimento desde 2009.

2.3.1 A antiga execução antecipada da pena sob pretexto cautelar

Como mencionado, é permitida a prisão preventiva de um réu ainda não definitivamente condenado, desde que presentes os requisitos legais que demonstrem a necessidade da segregação cautelar. Essa prisão tem natureza provisória justamente porque deve vigorar somente enquanto for preciso, não podendo equivaler a uma antecipação da pena que eventualmente será definitivamente imposta ao acusado.¹¹⁵

Todavia, importante notar que, por muito tempo, no Brasil, se permitiu a execução antecipada da pena através da figura da prisão preventiva, pois se presumia ser de natureza cautelar a prisão decretada após a condenação, diante da verificação abstrata de um risco de fuga.

Isso se depreende da redação original do CPP, de 1941: segundo Nefi Cordeiro e Antonio Linhares, havia nele “um conjunto de dispositivos que permitiam,

¹¹⁴ PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de inocência no Habeas Corpus n. 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 391-407, maio-ago. 2017. p. 392. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3074>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

¹¹⁵ É justamente por isso que, por exemplo, o STJ tem aplicado – como desdobramento do princípio da proporcionalidade – o que se convencionou chamar de princípio da homogeneidade da prisão preventiva, pelo qual é ilegal a prisão cautelar de um réu por tempo superior à pena que sofrerá por eventual condenação (por exemplo, no *Habeas Corpus* nº 182.750, julgado pela Quinta Turma em 14 de maio de 2013).

mediante interpretação sistemática, a conclusão de que a condenação em primeiro grau de jurisdição permitia a execução da pena”.¹¹⁶ Por exemplo, o artigo 594 exigia que o condenado se recolhesse à prisão ou prestasse fiança como condição de admissibilidade do recurso de apelação, exceto se fosse primário e tivesse bons antecedentes ou se, condenado por outro crime, não estivesse preso.¹¹⁷ Além disso, caso o condenado apelasse e fugisse da prisão, a apelação seria considerada deserta, conforme o antigo artigo 595 do CPP. Mesmo na legislação especial havia previsões semelhantes, como a do artigo 59 da Lei nº 11.343/2006, que prevê que o réu reincidente ou com maus antecedentes não pode apelar da sentença condenatória sem se recolher à prisão.¹¹⁸

Assim, mesmo após a Constituição de 1988, a regra no processo penal brasileiro era a execução antecipada da pena: apenas excepcionalmente a condenação em primeiro grau de jurisdição não acarretava na prisão e o recolhimento do condenado à prisão era pressuposto de admissibilidade recursal.¹¹⁹ Assim, pode-se dizer que “A prisão obrigatória pela condenação, imposta como regra e destituída de fundamentos cautelares empíricos, projetava a presunção absoluta de culpa”.¹²⁰ Curiosamente, essa espécie de presunção de culpa se fazia sentir até mesmo em caso de sentença absolutória, pois, havendo recurso de apelação da acusação contra sentença que absolveu o réu, este permanecia preso durante o trâmite recursal.¹²¹

A doutrina majoritária, porém, via nisso uma prisão de natureza cautelar, até porque, com o advento da Constituição de 1988, passou-se a compreender que a antecipação da execução da pena violaria o estado de não culpabilidade garantido até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – a maneira de legitimar essa prisão “automática” após a sentença condenatória era conferindo-lhe caráter cautelar, sob o fundamento da assecuração da aplicação da lei penal, mesmo sem qualquer indício concreto de risco de fuga. A jurisprudência seguia o mesmo entendimento: a Súmula nº 9 do STJ, editada em 1990, colocava que “a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”¹²² – isso

¹¹⁶ CORDEIRO; LINHARES, op. cit., p. 13.

¹¹⁷ Ibidem, p. 14.

¹¹⁸ Ibidem, p. 15.

¹¹⁹ Ibidem, p. 14.

¹²⁰ Ibidem, p. 15.

¹²¹ CORDEIRO; LINHARES, loc. cit.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Terceira Seção, em 6 de setembro de 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 9278. Disponível em:

porque, conforme a compreensão difundida na época, a presunção de inocência se esgotava em na sua dimensão de regra de julgamento, isto é, no *in dubio pro reo*,¹²³ não se concebendo que o réu devesse ser efetivamente tratado como não culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Somente em 2008 o STJ sumulou o entendimento de que “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão” (Súmula nº 347).¹²⁴ No mesmo ano, a Lei nº 11.719/2008 revogou o já mencionado artigo 594 do CPP, e, no ano seguinte, o STF declarou que condicionar o recebimento de recurso ao recolhimento do recorrente à prisão é inconstitucional, no *Habeas Corpus* nº 90.279.¹²⁵ O artigo 595 só veio a ser revogado pela Lei nº 12.403/2011, mas já não era aplicado porque os tribunais superiores consideravam que ele não havia sido recepcionado pela ordem constitucional de 1988.

Não há dúvida de que a exigência do recolhimento do réu à prisão para apelar é inconstitucional, pois o direito do acusado de recorrer é legítimo, conforme os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição – previstos, respectivamente, no artigo 5º, LV, da Constituição,¹²⁶ e no artigo 8.2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica).¹²⁷ Pelas regras originais do CPP, recorrer seria prejudicial ao réu, que precisaria se recorrer à prisão ou prestar fiança apenas por exercer esse direito, garantido constitucionalmente e supraconstitucionalmente. Ainda, como afirmou o Ministro Paulo Medina, no STJ, isso ofendia o princípio da isonomia, visto que à acusação era possível recorrer sem qualquer óbice, enquanto do réu era exigida a restrição à sua liberdade de locomoção.¹²⁸ Evidente, também, que essa prisão não tinha caráter cautelar, pois um

<https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula9.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹²³ Ibidem, p. 7

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 347. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. Terceira Seção, em 23 de abril de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 abr. 2008, n. 129. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/download/5596/5718>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹²⁵ CORDEIRO; LINHARES, op. cit., p. 17.

¹²⁶ “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

¹²⁷ “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021).

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 35.997. Origem: São Paulo. Paciente: Marcos Fabiano Ribeiro. Impetrante: Rafael Tucherman e outro. Impetrado: Nona Câmara do Tribunal

risco de fuga abstrato e não verificado no caso concreto não é suficiente para demonstrar a necessidade da prisão que passaria a existir somente após a condenação.

Contudo, quanto ao fato de ser possível recolher à prisão o réu condenado por sentença recorrível, para dar início ao cumprimento de pena – aqui, *apesar* de ter o acusado recorrido da decisão que o condenou, e não *como condição* para isso –, e não sendo o caso de decretar a prisão preventiva, houve um debate nacional que fez o STF mudar de posicionamento diversas vezes.

2.3.2 Mudanças no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a antecipação da execução da pena: o debate da “prisão em segunda instância”

No ano de 2009, as duas turmas do STF “dissentiam reiteradamente” sobre a autorização da execução antecipada da pena, motivo pelo qual, segundo o Ministro Carlos Britto, a matéria precisava ser afetada ao Tribunal Pleno para uniformizar o entendimento da corte,¹²⁹ com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078 sendo remetido ao Plenário. Este apenas havia se manifestado sobre o assunto no julgamento do *Habeas Corpus* nº 68.726, quando, em 1991, considerou compatível com a Constituição a ordem de prisão decorrente de decreto de prisão cautelar ou “de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau”,¹³⁰ bem como exatamente uma década antes, em 1999, no *Habeas Corpus* nº 72.366, quando asseverou que a sentença penal condenatória recorrível continha um “acentuado ‘juízo de consistência da acusação’, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação”.¹³¹ Em seu voto no bojo do *Habeas Corpus* nº

de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. Decisão de julgamento proferida em 11 de outubro de 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 21 nov. 2005. p. 8. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=586726&num_registro=200400796714&data=20051121&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹²⁹ BRASIL, 2010, p. 1071.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 68.726-1. Origem: Distrito Federal. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira. Decisão de julgamento proferida em 28 de junho de 1991. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 20 nov. 1992. p. 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹³¹ BRASIL, 2016b, p. 3.

84.078, o então relator Ministro Eros Grau consignou que estava “inteiramente convicto” de que esse entendimento deveria ser revisto.¹³²

Assim, em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, o Plenário do STF decidiu, por maioria, por vetar a execução antecipada da pena privativa de liberdade, permitindo a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória apenas de forma cautelar. Conforme o voto do relator, pouco importa se a Constituição realmente consagra ou não a presunção de inocência, mas sim que ela contém regra segundo a qual nenhuma lei ou decisão judicial pode “impor ao réu, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional”.¹³³ Ainda, o Ministro Eros Grau ressaltou que a ampla defesa permeia todas as fases processuais – inclusive a recursal extraordinária – e a restrição da liberdade do ainda não definitivamente condenado, mesmo após o julgamento da apelação, restringe o direito de defesa.¹³⁴

Esse entendimento, porém, veio a ser reformado novamente em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, relatado pelo Ministro Teori Zavascki. Na ocasião, a maioria da nova composição da corte entendeu que a execução antecipada da pena (no acórdão, “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário”)¹³⁵ não afronta a presunção de inocência afirmada pelo inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Segundo o voto do relator, o duplo grau de jurisdição é garantido pelo julgamento da apelação, que comporta ampla devolutividade da matéria do caso penal. Assim, ressalvada a hipótese da revisão criminal, é “no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”,¹³⁶ o que justificaria que seja negado efeito suspensivo aos recursos excepcionais, bem como que seja autorizada a execução antecipada da pena.

E, por fim, o STF reviu o seu entendimento pela última vez – até o momento – no julgamento conjunto das ADCs nº 43, 44 e 54. Na ocasião, foi consignado, conforme a maioria dos membros da corte, que é constitucional o artigo 283 do CPP,

¹³² Idem, 2010, p. 1054.

¹³³ Trata-se de trecho do voto do Ministro Cezar Peluso na Reclamação nº 2.311 (ibidem, p. 1059).

¹³⁴ Ibidem, p. 1058.

¹³⁵ Idem, 2016b, p. 1.

¹³⁶ Ibidem, p. 9.

que preceitua que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”¹³⁷ – disso se depreende, segundo a ementa do acórdão, que o cumprimento da pena fica condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹³⁸ De acordo com o relator, Ministro Marco Aurélio, o Supremo teria se afastado da Constituição ao entender que ela não veda a execução antecipada da pena no *Habeas Corpus* nº 126.292.¹³⁹ Em seu voto, o Ministro destacou que o trânsito em julgado do decreto condenatório foi eleito como marco pela Constituição levando em conta a gravidade da privação de liberdade e a possibilidade de que a condenação venha a ser atenuada ou até mesmo revertida nas instâncias superiores.¹⁴⁰

Não se pretende, neste trabalho, elencar e analisar todos os argumentos usados a favor ou não da execução antecipada da pena. Mas, para fins de contextualização, é importante perceber que se formaram duas correntes no STF (sendo que alguns Ministros migraram de uma para outra, o que favoreceu a mudança jurisprudencial de 2019). Em suma, pode-se dizer que essas correntes seriam: uma atualmente majoritária, segundo a qual se deve dar máxima eficácia aos direitos fundamentais e, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, da qual decorre a regra constitucional do artigo 5º, inciso LVII;¹⁴¹ e outra atualmente minoritária, que entende que há um “núcleo essencial” da presunção de inocência protegido pela Constituição que não seria violado pela execução antecipada da pena, considerando especialmente a faculdade do legislador de não conferir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.¹⁴²

¹³⁷ Trata-se de redação que, ao que parece, pretendeu combinar o texto dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição, que preveem, respectivamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988) e que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (ibidem).

¹³⁸ BRASIL, 2020e, p. 2.

¹³⁹ Ibidem, p. 33.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 36.

¹⁴¹ RAMOS, Carla. Execução provisória da pena na jurisprudência do STF. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 287-321. p. 310.

¹⁴² Ibidem, p. 292-294.

2.3.3 As hipóteses de execução provisória da pena e de execução de pena não privativa de liberdade

Atualmente, conforme as mudanças na jurisprudência citadas no tópico anterior, não é autorizada, no Brasil, a chamada execução antecipada da pena privativa de liberdade. Assim, em havendo sentença penal condenatória recorrível e, portanto, não definitiva, o réu não deve, em regra, iniciar o cumprimento da pena. Pode, porém, ser preso provisoriamente se presente alguma das hipóteses para decretação da prisão preventiva, previstas no artigo 312 do CPP. Nesse caso, isto é, na situação de um réu estar preso cautelarmente em processo em que há condenação não transitada em julgado, é permitida e deve ocorrer, porque mais benéfica ao réu, a denominada execução provisória da pena.

Conforme lição de Roig, a execução provisória da pena permite com que um réu condenado não definitivamente possa pleitear os seus direitos perante o Juízo de Execução Penal, o que, embora seja aplicável para réus soltos, é especialmente benéfico para réus presos, visto que, no decorrer de sua prisão preventiva, podem adquirir direito a benefícios de execução penal, como a progressão de regime ou o livramento condicional¹⁴³ – assim, pode ser possível ao réu permanecer preso preventivamente em regime diverso do fechado, por exemplo, considerando a pena a que foi condenado, mesmo podendo esta ser modificada em sede recursal.

Trata-se de situação diferente daquela em que um réu que permaneceu respondendo ao processo solto é preso após a condenação ou confirmação da condenação, antes do trânsito em julgado desta – esta hipótese é chamada por Roig¹⁴⁴ de execução antecipada da pena.¹⁴⁵ Necessário notar, portanto, que a

¹⁴³ ROIG, op. cit., p. 59.

¹⁴⁴ ROIG, loc. cit.

¹⁴⁵ Em decisões judiciais, costuma-se referir também por “execução provisória da pena” ao que Roig chama de “execução antecipada da pena”. Na doutrina, Norberto Avena, por exemplo, não faz diferenciação entre o que Roig define como “execução provisória da pena” e “execução antecipada da pena”, chamando a essas duas hipóteses de “execução provisória da pena” (cf. AVENA, 2018, p. 216-217). Neste trabalho, optamos por utilizar o vocábulo “antecipada” principalmente para diferenciar a situação da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação quando o réu está preso preventivamente (sendo essa execução *pro reo*, pois lhe permite usufruir dos benefícios da execução penal) e aquela em que o réu está solto, mas se quer dar início ao cumprimento de pena após a condenação ou manutenção da condenação em sede de apelação (esta, sim, desfavorável ao réu, que é preso mesmo não identificada hipótese para prendê-lo preventivamente). Porém, não se ignora que a própria escolha por diferenciar “execução antecipada da pena” e “execução provisória da pena” revela uma tomada de posição: como sabiamente apontou o Ministro Eros Grau, o uso da expressão “antecipada” denota “suficientemente a incoerência da execução assim operada” (BRASIL, 2010, p. 1062).

execução antecipada da pena e a execução provisória da pena, considerando as denominações utilizadas por Roig, são situações que não se confundem.¹⁴⁶

O direito à execução provisória para que o réu eventualmente possa obter benefícios de execução penal é pacífico na doutrina e na jurisprudência,¹⁴⁷ havendo inclusive resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no sentido de que, em havendo réu preso em processo com sentença condenatória recorrível, deve ser expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade¹⁴⁸ (artigo 8º da Resolução nº 113/2010 do CNJ).¹⁴⁹ Nessa matéria, a questão mais debatida na doutrina diz respeito à possibilidade de se executar provisoriamente a pena mesmo havendo recurso do Ministério Público pendente de julgamento.¹⁵⁰

Já quanto à execução antecipada da pena, houve orientações jurisprudenciais permitindo-a ou não, prevalecendo, atualmente, a tese da sua inconstitucionalidade, a partir do julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, como já exposto.

Importante notar que, no nosso sistema, além da pena privativa de liberdade, a Constituição condiciona ao trânsito em julgado da condenação criminal a suspensão de direitos políticos (artigo 15, III) e a perda do mandato de Senador ou Deputado (artigo 55, VI). Além disso, extrapolando a matéria criminal, estão condicionadas ao trânsito em julgado de sentença judicial, por exemplo, a perda do cargo de servidor público estável (artigo 41, I), de juiz (artigo 95, I) e de membro do Ministério Público (artigo 128, I, “a”), bem como o reconhecimento de débitos, a serem pagos pela Fazenda Pública, decorrentes de indenização por morte ou invalidez fundada em responsabilidade civil (artigo 100, §1º). Destaca-se ainda que, também na legislação infraconstitucional, dependem do trânsito em julgado da sentença penal condenatória a execução da pena de multa (artigos 50 e 51, Código Penal) e da pena restritiva de direitos (artigo 147, Lei de Execução Penal), assim como a configuração da situação de reincidência (artigo 63, *caput*, Código Penal).

¹⁴⁶ Cf. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 176-178.

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro digital. p. 606.

¹⁴⁸ A guia de recolhimento provisória é diferente da guia de recolhimento definitiva, esta expedida apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prevista no artigo 105 da Lei de Execução Penal.

¹⁴⁹ GIAMBERARDINO, op. cit., p. 176.

¹⁵⁰ A título exemplificativo, Roig tem posição favorável (cf. ROIG, op. cit., p. 60) e Nucci, posição contrária (cf. NUCCI, op. cit., p. 606).

Assim, como apontou o Ministro Celso de Mello em seu voto no bojo do *Habeas Corpus* nº 126.292,

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁵¹

De fato, atualmente, no Brasil, qualquer execução penal é condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com a exceção da execução provisória da pena, que surge em benefício do acusado. Porém, é interessante constatar que, no âmbito do direito eleitoral, o STF entendeu como constitucional a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, que prevê hipóteses de inelegibilidade em caso de condenação criminal proferida por órgão judicial colegiado. Assim, trata-se de um efeito deduzido do decreto condenatório não transitado em julgado.¹⁵²

2.3.4 A questão ainda em aberto sobre a constitucionalidade da execução antecipada da pena em processos sob o rito do Tribunal do Júri

A Lei nº 13.964/2019, conhecida por “Lei Anticrime”, alterou o texto do CPP para prever que, no rito do Tribunal do Júri, o juiz presidente, ao preferir a sentença, deve determinar a “execução provisória das penas” (chamada, neste trabalho, de “execução antecipada da pena”) em havendo condenação a pena privativa de liberdade igual ou superior a quinze anos de reclusão (alínea “e” do artigo 492), negando efeito suspensivo à apelação nesses casos (§ 4º do mesmo artigo).

¹⁵¹ BRASIL, 2016b, p. 95.

¹⁵² Conforme o acórdão, “A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade) [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 29. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Popular Socialista. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão de julgamento proferida em 16 de fevereiro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 jun. 2012. p. 2. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=73867629&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021).

A constitucionalidade desse dispositivo vem sendo questionada pela doutrina por diversos motivos – em especial porque se trataria de uma execução antecipada da pena em razão de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, que parte de veredito dado conforme a íntima convicção dos jurados, e da qual é cabível apelação que, provida, pode resultar na reforma da decisão e mesmo na anulação do júri realizado e encaminhamento da matéria para novo júri. Ainda, o argumento da soberania dos jurados, evocado para justificar o imediato cumprimento da pena em processos do Tribunal do Júri, “não serve como legitimador de prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados”.¹⁵³ Além disso, antes da promulgação da Lei nº 13.964/2019 o STF já havia declarado a constitucionalidade do artigo 283 do CPP nas ADCs nº 43, 44 e 54, o que, a rigor, torna ilegal a prisão de réu condenado caso ainda seja possível recorrer da sentença e não haja decretação de prisão preventiva de maneira fundamentada conforme os artigos 312 e seguintes do CPP.

Necessário notar que havia, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, jurisprudência no sentido de que a sentença penal condenatória proferida no âmbito do Tribunal do Júri seria imediatamente executável, independentemente do *quantum* de pena aplicada, em razão da soberania dos vereditos do júri. Nesse sentido foi a decisão de 2017 da Primeira Turma do STF no *Habeas Corpus* nº 118.770, por maioria (vencido o Ministro Marco Aurélio), ocasião em que foi fixada a tese de julgamento de que “a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

Conforme entende o STJ, porém, essa orientação jurisprudencial não se sustenta após a reforma do entendimento do STF em 2019, quando passou a vedar a execução antecipada da pena, sem excetuar processos de competência do Tribunal do Júri. Assim, em um caso em que foi executada a pena de um réu após condenação pelo Tribunal do Júri e sua confirmação em sede de apelação, a Sexta Turma do STJ, por unanimidade, decidiu por conceder a ordem de *habeas corpus* para fazer cessar

¹⁵³ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 31 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

a prisão do réu, tendo em vista a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP pelo STF.¹⁵⁴

No STF, está em trâmite o Recurso Extraordinário nº 1.235.340, *leading case* que teve repercussão geral reconhecida no tema nº 1068, acerca da “constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri”. O relator, Ministro Roberto Barroso, propôs a seguinte tese de julgamento: “a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”.¹⁵⁵ O Ministro Gilmar Mendes dissentiu, propondo a tese de que a execução imediata da condenação proferida pelo Presidente do Tribunal do Júri é vedada tendo em vista “a Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h)”,¹⁵⁶ bem como de que é inconstitucional a redação da Lei nº 13.964/2019 para a alínea “e” do artigo 492 do CPP. Atualmente, o julgamento se encontra suspenso em razão de pedido de vista dos autos.¹⁵⁷

A Quinta Turma do STJ tem aguardado a manifestação do STF sobre a constitucionalidade ou não da alínea “e” do artigo 492 do CPP, se abstendo de reconhecer constrangimento ilegal em razão da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena em processos do Tribunal do Júri.¹⁵⁸ Já a Sexta Turma entende que, apesar do texto legal da Lei nº 13.964/2019, “é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri”.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 530.499, julgado pela Sexta Turma do STJ em 19 de maio de 2020.

¹⁵⁵ Em decisão de julgamento de 30 de abril 2020 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1068 - Constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri**. Leading case: Recurso extraordinário nº 1.235.340. Relator: Ministro Roberto Barroso. Protocolado em 19 set. 2019b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>>. Acesso em: 28 fev. 2021).

¹⁵⁶ Em decisão de julgamento de 30 de abril 2020 (ibidem).

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 620.562, julgado pela Quinta Turma do STJ em 27 de outubro de 2020.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Pedido de tutela provisória nº 3.026. Origem: Rio Grande do Sul. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Gilnei Candinho e outro(a/s). Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Decisão de julgamento proferida em 1º de dezembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 dez. 2020c. p. 1. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2010599&num_registro=202002619920&data=20201207&peticao_numero=202000785932&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

2.3.5 Propostas de introdução ampla da execução antecipada da pena ou da antecipação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no direito nacional

Mesmo antes da mudança de orientação do STF acerca da possibilidade da execução antecipada da pena, em 19 de novembro de 2019, houve várias propostas por parte de congressistas para autorizá-la a partir de alteração legislativa¹⁶⁰ ou por emenda constitucional.¹⁶¹ Até o momento, no entanto, nenhuma foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Dentre elas, destaca-se a PEC nº 199/2019, que foi apresentada menos de duas semanas após o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, pelo Deputado Federal Alex Manente, do Partido Cidadania. Ela ainda não foi submetida a votação na Câmara dos Deputados, embora o então Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, tivesse prometido pautá-la para votação até o fim de seu mandato.¹⁶²

No texto apresentado, é proposto que os recursos excepcionais – isto é, o recurso especial dirigido ao STJ e o recurso extraordinário dirigido ao STF – passem a ser, ao invés de recursos, ações revisionais. Assim, o trânsito em julgado ocorreria com o esgotamento da jurisdição ordinária, mas haveria a possibilidade de se ajuizar uma ação revisional especial perante o STJ e uma ação revisional extraordinária perante o STF.¹⁶³ Trata-se de uma alternativa encontrada à alteração do artigo 5º da

¹⁶⁰ Por exemplo, o PL nº 166/2018, de autoria do Senador Lasier Martins (PSD), que propõe alterar o artigo 283 do CPP para diferenciar a hipótese de prisão “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” daquela “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado” ou “em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do Senado nº 166, de 2018. Autor: Senador Lasier Martins. **Senado Federal**, Brasília, DF, 10 abr. 2018c. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715945&ts=1612184459052&disposition=inline>>. Acesso em: 11 mar. 2021).

¹⁶¹ Como a PEC nº 410/2018, de autoria do Deputado Federal Alex Manente (Cidadania), que pretende alterar o inciso LVII do artigo 5º da Constituição, que passaria a prever que “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 410, de 2018. Autor: Deputado Alex Manente. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 27 mar. 2018a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018>. Acesso em: 11 mar. 2021).

¹⁶² CLIVERY, Elisa. PEC da prisão após segunda instância será votada ainda este ano, diz Maia. **G1**, Brasília, TV Globo, 9 out. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/09/pec-da-prisao-apos-segunda-instancia-sera-votada-ainda-este-ano-diz-maia.ghtml>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

¹⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 199, de 2019. Autor: Deputado Alex Manente. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 19 nov. 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835285&filename=PEC+199/2019>. Acesso em: 11 mar. 2021.

Constituição (como ocorreria pela PEC nº 410/2018, também de autoria de Manente), o que, por óbvio, afrontaria cláusula pétrea.¹⁶⁴

Com essa proposta de antecipação do momento em que a sentença penal condenatória transita em julgado, pretendeu-se possibilitar a “efetiva execução das sentenças judiciais”¹⁶⁵ a partir do julgamento da apelação. Todavia, isso significaria uma violação à garantia ao duplo pronunciamento jurisdicional, visto que é possível, por exemplo, que sentença absolutória seja reformada em razão de apelação da acusação e seja emitido acórdão condenatório, o qual, pelo texto original da referida PEC, seria executado imediatamente, sem direito a se recorrer da decisão à instância superior. Por isso, e também considerando que há ações penais de competência originária dos tribunais¹⁶⁶ (em razão da prerrogativa de função, por exemplo), o Deputado Federal Fábio Trad, do PSD, relator do projeto na Comissão Especial, propôs texto substitutivo, na data de 8 de setembro de 2020. Pelo novo texto, continuaria sendo possível a interposição de recursos excepcionais aos tribunais superiores, mas isso não impediria o trânsito em julgado da sentença, por expressa previsão constitucional.

Uma vez analisadas as características do sistema jurídico brasileiro, passaremos a tratar do sistema estadunidense, perpassando pelos mesmos aspectos abordados neste capítulo.

¹⁶⁴ Conforme o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, qualquer proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais não será sequer objeto de deliberação (BRASIL, 1988).

¹⁶⁵ BRASIL, 2019a, p. 10.

¹⁶⁶ BRASIL, 2020a, p. 48.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O MOMENTO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS ESTADOS UNIDOS

O sistema jurídico dos EUA adotou o *common law*, tendo conservado importantes aspectos do direito inglês em seus conceitos e raciocínios. Todavia, dentro da família jurídica do *common law*, o direito estadunidense comporta diversas particularidades que o diferenciam do direito da Inglaterra (como a existência de um direito federal e um direito dos Estados),¹⁶⁷ algumas das quais inclusive fazem com que pareça se aproximar do *civil law*.¹⁶⁸ De qualquer forma, porém, os Estados Unidos preservam, em especial, uma das principais características do *common law*, que é de um direito principalmente jurisprudencial. Por mais que existam numerosas regras jurídicas legisladas, a sua efetiva assimilação no sistema ocorre apenas a partir de sua interpretação e aplicação pelos tribunais.¹⁶⁹ O sistema depende da aplicação de precedentes, neles se sustentando,¹⁷⁰ embora seja possível às cortes rever a própria jurisprudência.¹⁷¹

O sistema penal estadunidense segue o modelo acusatório ou adversarial, pois o processo é pensado como uma disputa entre as partes, tendo um “jugador passivo” – semelhante a um árbitro – na figura do juiz ou do júri.¹⁷² Assim, a instrução é impulsionada por acusação e defesa.¹⁷³ Esse sistema é marcado muito fortemente pela justiça penal negocial: 97% dos casos que tramitam no sistema federal dos Estados Unidos são resolvidos por barganha (*plea bargaining*) e é estimado que algo semelhante ocorra nos sistemas estaduais. Por esse uso generalizado de acordos,¹⁷⁴ em geral ocorre uma admissão de culpa (*guilty plea*) que é feita perante a corte e pode acarretar no encerramento da fase de instrução processual e de julgamento (*phase of*

¹⁶⁷ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 292.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 288.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 291.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 300.

¹⁷¹ Ibidem, p. 315.

¹⁷² LANGER, op. cit., p. 26.

¹⁷³ CHASE, Oscar G. WALKER, Janet. **Common law, civil law and the future of categories: an introduction**. Public Law and Legal Theory Research Paper Series n. 10-40. New York University School of Law, jul. 2010. p. v. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1641221>. Acesso em: 21 fev. 2021.

¹⁷⁴ WALSH, Dylan. Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining? Tradução de: LOPES JR., Aury. **Revista Consultor Jurídico**, 15 fev. 2019. Título original: Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

determination of guilt or innocence).¹⁷⁵ Assim, na absoluta maioria dos processos criminais nos Estados Unidos não há julgamento pleno.¹⁷⁶

Os poucos casos que de fato vão à julgamento são decididos pelo Tribunal do Júri (*Trial by Jury*), como previsto no artigo 3º, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos (“o julgamento de todos os crimes, exceto casos de impeachment, deve ser pelo júri”).¹⁷⁷

A seguir, serão abordados os órgãos da Justiça Criminal e como se dá a atuação da Suprema Corte no âmbito penal.

3.1 ASPECTOS DA JUSTIÇA CRIMINAL ESTADUNIDENSE E A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE EM MATÉRIA PENAL

Os tribunais que compõem o sistema federal de Justiça dos Estados Unidos e que são aptos a decidir sobre matéria criminal¹⁷⁸ são, em ordem decrescente de hierarquia, a Suprema Corte (*Supreme Court*), as Cortes de Apelação (*Court of Appeals*) e as Cortes Distritais (*District Courts*).¹⁷⁹ Nestas últimas, o primeiro grau de jurisdição é exercido pelos juízes distritais federais (*federal district judges*). O Congresso estadunidense criou ainda a Comissão de Sentenciamento dos Estados Unidos (*United States Sentencing Commission*), um órgão administrativo que orienta os juízes federais a sentenciar em processos criminais.

Já a nível estadual, cada Estado pode estruturar a sua Justiça, de modo que a estrutura judiciária varia de Estado para Estado. Porém, essa organização em geral se assemelha à do sistema federal, com uma Corte de Apelação e uma Suprema Corte estadual. Há casos em que não há uma Corte de Apelação estadual,¹⁸⁰ mas,

¹⁷⁵ LANGER, op. cit., p. 35.

¹⁷⁶ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 1241.

¹⁷⁷ Tradução nossa. No original em inglês: “The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury” (UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Constitution of the United States**. Congress of the Confederation. 1788. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 21 fev. 2021).

¹⁷⁸ Há outros tribunais que não têm competência criminal, como as Cortes de Falência (*Bankruptcy Courts*), previstas na Parte I, Capítulo 6, do Código dos EUA (USA. United States Code. House of Representatives. **Office of the Law Revision Counsel**, 1926. Disponível em: <<https://uscode.house.gov/browse.xhtml>>. Acesso em: 21 fev. 2021).

¹⁷⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, jan. 2016. p. 10. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF>. Acesso em: 1º fev. 2021.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 11.

quando ela existe, observe-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos ocupa um quarto grau de jurisdição, sendo possível levar um caso a ela se a discussão se limite à Constituição Federal ou à legislação federal.¹⁸¹

Todavia, nos Estados Unidos, é difícil fazer com que um caso seja aceito e julgado pela Suprema Corte¹⁸² e o número de casos admitidos vem diminuindo ao longo dos anos.¹⁸³ Isso porque, em geral, um caso precisa da concessão de um *writ of certiorari* para ser admitido para julgamento pela corte¹⁸⁴ e isso se dá de maneira discricionária por parte dos *Justices* que a compõem. Assim deixa claro a regra 10 do Regulamento da Suprema Corte, segundo a qual a revisão de uma decisão pela Suprema Corte não é uma questão de direito da parte que faz o pedido, mas sim de discricionariedade judicial.¹⁸⁵ Ainda, a regra dispõe que a concessão do *writ of certiorari* deve apenas se dar por “razões convincentes” e que “a petição de *writ of certiorari* raramente é concedida quando o erro invocado consiste em averiguação errônea de fatos ou de má aplicação de uma regra correta”.¹⁸⁶ Por isso, é raro que levem ao reexame de decisão pela Suprema Corte estadunidense pedidos que “almejam mera ‘correção de erro’”,¹⁸⁷ como, por exemplo, não seguir precedente da Suprema Corte.

Importante notar que a Suprema Corte estadunidense é uma instância exclusivamente recursal, de modo que, não tendo processos originários e escolhendo as decisões que irá revisar através do *writ of certiorari* (*review on writ of certiorari*),¹⁸⁸ ela tem uma liberdade praticamente irrestrita para decidir o que irá julgar.¹⁸⁹ Há quem entenda que, mesmo sendo poucos os casos decididos pela corte (a média tem sido

¹⁸¹ SMJ #46: Suprema Corte dos EUA. Entrevistados: Guilherme Lucchesi e William Pugliese. Entrevistador: Thiago Hansen. Curitiba: AntiCast, 24 abr. 2017. Podcast. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/2CUNKLI7WLCCOmmHqAAZGF>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

¹⁸² ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 189-204, jan./abr. 2020. p. 196. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/73893>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

¹⁸³ Ibidem, p. 195.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 193.

¹⁸⁵ USA. Supreme Court. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adopted April 18, 2019. Effective July 1, 2019. 2019. p. 5. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2019RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁸⁶ Tradução nossa. No original em inglês: “A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.” (ibidem, p. 6).

¹⁸⁷ Tradução nossa. No original em inglês: “seeking merely ‘error correction’” (ARAÚJO, op. cit., p. 199).

¹⁸⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 10.

¹⁸⁹ ARAÚJO, op. cit., p. 197.

de 76 por ano),¹⁹⁰ a sua admissão deveria ser ainda mais seletiva: apenas deveriam ser julgados casos com grande alcance jurídico ou político, o que faria com que a Suprema Corte fosse reconhecida como verdadeiramente uma corte constitucional.¹⁹¹

3.2 O MODELO ESTADUNIDENSE DE ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO DE LIBERDADE DO ACUSADO

Na tradição jurídica anglo-saxã, a presunção de inocência consiste no fato de que cabe à acusação provar a responsabilidade criminal do réu para além da dúvida razoável, como colocam os mais importantes processualistas penais dos Estados Unidos e da Inglaterra (John Henry Wigmore e Rupert Cross, respectivamente), segundo João Gualberto Garcez Ramos.¹⁹²

Ainda de acordo com o autor,

Nos EUA o tema é expresso de duas maneiras diferentes. Ora se fala na presunção de inocência (*presumption of innocence*), que distribui desigualmente os ônus probatórios no Processo Penal, ora se fala que apenas a acusação tem o dever de provar o crime, com todas as suas circunstâncias, além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) e que a defesa não tem o ônus de provar a inocência, que é presumida. Ambas são maneiras de falar do mesmo tema sob perspectivas diferentes.¹⁹³

Assim, nos EUA, a ideia de presunção de inocência (*presumption of innocence*) é diretamente ligada ao fato de que um réu só pode ser condenado se o fato delitivo estiver provado para além de toda dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Trata-se, portanto, de uma norma relacionada à distribuição do ônus probatório no processo penal (a prova do crime cabe à acusação) e a um mínimo de certeza (mesmo que com uma dúvida considerada “razoável”, isto é, aceitável,

¹⁹⁰ BALLOTPEDIA. **Supreme Court cases, October term 2019-2020**. Disponível em: <https://ballotpedia.org/Supreme_Court_cases,_October_term_2019-2020>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁹¹ ARAÚJO, op. cit., p. 200.

¹⁹² “[...] conforme [...] o magistério do mais importante e mais citado autor do Processo Penal norte-americano, JOHN HENRY WIGMORE: ‘A presunção de inocência é, em verdade, apenas uma outra forma de expressão para uma parte da regra relativa ao ônus da prova nos casos criminais, isto é, a regra segundo a qual é da acusação o dever de aduzir evidências (...) e produzir convencimento além de uma dúvida razoável’. No mesmo sentido é o magistério do maior processualista penal inglês, sir RUPERT CROSS: ‘Quando se diz que um acusado é presumido inocente, tudo o que isso significa é que a acusação é obrigada a provar o caso contra ele além da dúvida razoável’.” (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Princípios do processo penal brasileiro**. 2017. p. 70. Disponível em: <https://www.academia.edu/33265123/Princ%C3%ADpios_do_Processo_Penal_brasileiro>. Acesso em: 11 mar. 2021).

¹⁹³ RAMOS, 2017, loc. cit.

entendendo-se que a reconstrução perfeita da verdade material dos fatos não é possível) exigido para que haja uma condenação. Foi nesses termos que a Suprema Corte reconheceu expressamente a presunção de inocência em julgamento de 1895 conhecido como *Coffin v. United States*.¹⁹⁴

Importante notar que a presunção de inocência não foi consagrada expressamente na Constituição estadunidense de 1787. Entende-se, contudo, que essa figura está contido na chamada cláusula do devido processo legal (*due process of law clause*),¹⁹⁵ isto é, na 5ª Emenda à Constituição, que prevê que “ninguém deverá [...] ser privado de vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal”.¹⁹⁶ Isso, por si só, salienta o fato de que o significado da presunção de inocência, nos EUA, é dado principalmente pela jurisprudência e pela doutrina, e não tanto pelo direito positivado.

Ainda, sobre o tema tratado neste trabalho, é fundamental observar que no processo penal estadunidense a sentença penal condenatória – mesmo sujeita a apelação (*appeal*) – faz com que a presunção de inocência se esvaia e dê lugar a uma espécie de presunção de culpa (*presumption of guilt*). Assim, se “presume a inocência a não ser que e até que seja estabelecida a culpa para além da dúvida razoável”¹⁹⁷ – aliás, isso decorre do próprio significado da presunção de inocência para esse sistema, de que “uma pessoa não pode ser condenada por um crime a não ser que a

¹⁹⁴ Na ocasião, asseverou a Corte que “[...] a presunção de inocência é a conclusão produzida pelo direito em favor do cidadão, pelo valor segundo o qual, quando trazido a julgamento sob uma acusação criminal, ele deve ser absolvido, exceto se for provado que ele é culpado. Em outras palavras, essa presunção é um instrumento de prova criado pelo direito em favor do acusado, através do qual a sua inocência é estabelecida até que evidência suficiente seja introduzida para superar a prova criada pelo direito. Essa presunção, de um lado, complementada por qualquer outra evidência que pode ser alegada por ele, e, de outro lado, a evidência contra ele, constituem os elementos a partir dos quais a conclusão legal de sua culpa ou inocência será obtida.” No original em inglês: “[...] the presumption of innocence is a conclusion drawn by the law in favor of the citizen, by virtue whereof, when brought to trial upon a criminal charge, he must be acquitted, unless he is proven to be guilty. In other words, this presumption is an instrument of proof created by the law in favor of one accused, whereby his innocence is established until sufficient evidence is introduced to overcome the proof which the law has created. This presumption on the one hand, supplemented by any other evidence he may adduce, and the evidence against him on the other, constitute the elements from which the legal conclusion of his guilt or innocence is to be drawn.” (USA. Supreme Court. *Coffin v. United States*. n. 741. Decided March 4, 1895. United States Reports, v. 156, p. 432-463, 1895. p. 458-459. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep156432/>>. Acesso em: 21 fev. 2021).

¹⁹⁵ RAMOS, 2017, op. cit., p. 70.

¹⁹⁶ Tradução nossa. No original em inglês: “No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law” (USA, 1788).

¹⁹⁷ Tradução nossa. No original em inglês: “[...] presumes innocence unless and until guilt is established beyond a reasonable doubt”. (FINDLEY, Keith A. Defining innocence. *Albany Law Review*, v. 74.3, p. 1157-1208, 2010-2011. University of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1158. p. 1160. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815304>. Acesso em: 21 fev. 2021).

acusação prove a sua culpa para além da dúvida razoável, sem qualquer ônus [probatório] sobre o acusado para prove a sua inocência”.¹⁹⁸ Como explica Ramos:

O processo penal condenatório se inicia a partir da plausível e fundamentada hipótese de que um crime foi praticado e de que o réu é seu autor culpável. Se essa hipótese é confirmada por uma sentença condenatória, isso deveria ter algum efeito no plano das presunções. Ao menos a partir da prolação de uma sentença condenatória, a presunção de inocência deveria ser substituída por uma presunção de culpa ou, ao menos, arrefecer. No Processo Penal norte-americano ela desaparece e surge a presunção de culpa.¹⁹⁹

Sendo assim, por esse sistema, não há sentido em, com fundamento na presunção de inocência, obstar a execução da pena após condenação no primeiro grau de jurisdição – momento em que passaria a existir uma presunção de culpabilidade.

Mesmo antes de haver uma condenação, há quem entenda que a garantia da presunção de inocência jamais pode ser invocada para defender o estado de liberdade do acusado – isso porque, como já exposto, essa presunção tem a sua aplicação principal na forma de uma regra probatória (distribuição do ônus da prova), e não de um tratamento devido ao réu. Nesse sentido, costuma-se citar o julgamento do caso *Bell v. Wolfish*, de 1979, pela Suprema Corte, em que esta afirmou que a presunção de inocência tem aplicação na distribuição do ônus da prova e pode ser usada como advertência para que o júri dê o seu veredito apenas com base nas provas trazidas a julgamento, mas “não tem aplicação na determinação dos direitos de um preso preventivo durante o confinamento antes mesmo que o seu julgamento tenha começado”.²⁰⁰ Ademais, Ramos²⁰¹ afirma que chega a ser difícil encontrar uma decisão que coloque em dúvida a ausência de influência da presunção de inocência sob o *status libertatis* daquele que se encontra preso após a condenação, “tão clara ela é para os operadores do Direito no campo penal”.²⁰²

¹⁹⁸ CENTER FOR LEGAL AND EVIDENCE-BASED PRACTICES. **The presumption of innocence and bail**. 2017. p. 1. Disponível em: <<http://www.clebp.org/presumptionofinnocence.html>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

¹⁹⁹ RAMOS, 2017, op. cit., p. 72.

²⁰⁰ Tradução nossa. No original em inglês: “[...] has no application to a determination of the rights of a pretrial detainee during confinement before his trial has even begun”. (USA. Supreme Court. *Bell v. Wolfish*. n. 77-1829. Decided May 14, 1979. **United States Reports**, v. 441, p. 520-599, 1979. p. 533. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep441520/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

²⁰¹ RAMOS, op. cit., p. 72-73.

²⁰² Ibidem, p. 73.

Todavia, nos EUA também há quem defenda que se depreende da presunção de inocência a excepcionalidade da prisão preventiva. Por essa visão, a presunção de inocência deve, substancialmente e simbolicamente, transcender ao julgamento, não servindo apenas como regra de distribuição do ônus probatório no processo, mas também para que os atores da Justiça Criminal atuem “sem suposições com base na situação atual do acusado”,²⁰³ conforme mencionado em decisão da Suprema Corte em *Taylor v. Kentucky* em 1978.²⁰⁴ Para essa corrente, não se pode propriamente aplicar a presunção de inocência com relação ao direito à concessão da liberdade mediante fiança da mesma maneira com que a presunção é aplicada no julgamento (como regra probatória).²⁰⁵ Todavia, haveria que se reconhecer um papel mais amplo da presunção de inocência, “mais filosófico do que prático”,²⁰⁶ que é intimamente ligada ao próprio direito à fiança não excessiva, previsto na 8ª Emenda à Constituição.

Precisamente nesse sentido, em uma decisão de 1951, no caso conhecido como *Stack v. Boyle*, a Suprema Corte defendeu o direito do réu à liberdade, enquanto ainda não condenado, e enalteceu que o direito à concessão de liberdade do acusado mediante fiança decorre da presunção de inocência:

Esse tradicional direito à liberdade antes da condenação permite que a preparação da defesa ocorra de forma desimpedida e serve para prevenir a inflição da punição anteriormente à condenação. A não ser que esse direito à fiança antes do julgamento seja preservado, a presunção de inocência, assegurada apenas após séculos de luta, perde o seu significado.²⁰⁷

Para o constitucionalista Laurence Tribe, foi demonstrado na decisão de *Stack* que a presunção de inocência não se limita a uma regra probatória, tendo consequências também no tratamento que deve ser dado a quem responde a um processo criminal sem ainda ter sido julgado. Isso porque, mesmo sendo legítima restrição da liberdade de um réu para possibilitar um julgamento seguro, da presunção

²⁰³ UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court. *Taylor v. Kentucky*. n. 77-5549. Decided May 30, 1978. **United States Reports**, v. 436, p. 478-492, 1978. p. 485. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep436478/>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

²⁰⁴ CENTER, op. cit., p. 2

²⁰⁵ Ibidem, p. 4.

²⁰⁶ Ibidem, p. 5.

²⁰⁷ Tradução nossa. No original em inglês: “This traditional right to freedom before conviction permits the unhampered preparation of a defense, and serves to prevent the infliction of punishment prior to conviction. Unless this right to bail before trial is preserved, the presumption of innocence, secured only after centuries of struggle, would lose its meaning.” (USA. Supreme Court. *Stack v. Boyle*. n. 400. Decided November 5, 1951. **United States Reports**, v. 342, p. 1-18, 1951. p. 4. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep342001/>>. Acesso em: 21 fev. 2021).

de inocência a que se referiu a Suprema Corte denota-se que “um homem que é acusado de um crime não tem menos direito à liberdade e a respeito como um membro inocente da comunidade do que o seu acusador”,²⁰⁸ de forma que apenas medidas restritivas que sejam efetivamente necessárias para assegurar o andamento do processo “são compatíveis com esse postulado básico de dignidade e igualdade”.²⁰⁹ Assim, o simples fato de o réu ter sido acusado da prática de um crime não justifica, por si mesmo, a sua prisão.²¹⁰

Em suma, há um princípio pelo qual o réu apenas deve ser preso caso o seu aprisionamento seja necessário para que a acusação lhe processe,²¹¹ o que deve ser visto como consequência da presunção de inocência.

Como a decisão em *Bell v. Wolfish* foi proferida após a de *Stack v. Boyle*, poder-se-ia entender que em *Wolfish* foi superado o entendimento de *Stack*, isto é, que a presunção de inocência não teria aplicação em favor da liberdade de um acusado. Porém, argumenta-se que essa interpretação seria equivocada, pois, no caso de *Wolfish*, o que estava sendo discutido era referente às condições de confinamento do preso preventivo e não ao direito do acusado à liberdade.²¹²

3.3 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NOS ESTADOS UNIDOS

Mesmo pela corrente que entende haver uma relação entre a presunção de inocência e o estado de liberdade do acusado, porém, isso se dá até que haja uma condenação. Em tendo sido realizado julgamento e condenado o réu conforme o devido processo legal – e assim demonstrada, em tese, a culpa do réu –, portanto, a regra é que seja executada a sentença mesmo estando pendente o julgamento de apelação. Assim, nos EUA, não raro a execução da pena se dá após a condenação em primeiro grau de jurisdição.

²⁰⁸ Tradução nossa. No original em inglês: “[...] a man who stands accused of a crime is no less entitled than his accuser to freedom and respect as an innocent member of the community.” (TRIBE, Laurence H. An ounce of prevention: preventive justice in the world of John Mitchell. *Virginia Law Review*, Charlottesville, VA, v. 56, n. 3, p. 371-407, apr. 1970. p. 404).

²⁰⁹ Tradução nossa. No original em inglês: “[...] may be squared with this basic postulate of dignity and equality.” (TRIBE, loc. cit.).

²¹⁰ Ibidem, p. 405.

²¹¹ Ibidem, p. 407.

²¹² CENTER, op. cit., p. 2-3.

A Parte II do Título 18 do Código do Estados Unidos (*United States Code*)²¹³ trata sobre processo penal²¹⁴ (*criminal procedure*) e, mais especificamente, o seu Capítulo 207 aborda o tema da soltura e prisão estando pendentes atos judiciais (*release and detention pending judicial proceedings*).²¹⁵

Conforme a Seção 3143, Subseção “a”, como regra, um condenado em primeiro grau de jurisdição e que ainda aguarda a execução da pena (*execution of sentence*) deve ser preso. Excepcionalmente, o condenado não deve ser preso caso haja prova de que não há risco de fuga nem perigo a alguém ou à sociedade. Observe-se que, aqui, há uma presunção de fuga e de risco à segurança alheia no caso de soltura do condenado, bem como há uma inversão do ônus da prova: deve haver prova de que o condenado *não* irá empregar fuga nem oferecer risco à sociedade, ao invés de caber à acusação que prove a probabilidade de isso ocorrer.

Ainda, no caso da condenação ter sido por determinados crimes violentos ou que preveem como punição máxima a pena de morte, o não aprisionamento do condenado apenas ocorrerá se, além de não haver risco de fuga ou à segurança de alguma pessoa, houver uma “probabilidade substancial” de que poderá ocorrer uma absolvição ou um novo julgamento, ou se um membro do Ministério Público (*attorney for the Government*) recomendar que a pena não deverá ser de prisão.

Já a Subseção “b” da Seção 3143 trata do sentenciado a uma pena de prisão que recorreu da condenação. Nessa situação, a regra também é a prisão, a não ser que a autoridade judicial identifique não apenas que não há risco de fuga ou à segurança alheia caso o condenado seja posto em liberdade, mas também que o recurso não é meramente protelatório e cujo argumento de fato ou de direito poderá

²¹³ Quanto à matéria penal e processual penal, trata-se de um Código aplicável somente no caso de crimes federais, mas vigente em todo o território nacional estadunidense. Por esse motivo optamos por analisar as regras do processo penal federal, ao invés do processo penal de cada Estado (aplicado apenas no território daquele determinado Estado). Temos ciência, porém, de que a maior parte dos crimes são processados na Justiça Estadual, e não Federal.

²¹⁴ Nos EUA, chama-se de “*criminal law*” o que chamamos de “direito penal” e de “*criminal procedure*” o que chamamos de “processo penal”. Como explica Guilherme Lucchesi, essa diferença evidencia o fato de que, pela nossa tradição jurídica de *civil law*, o objeto central dos esforços dogmáticos é a sanção a ser aplicada, enquanto que, no *common law*, é a descrição da conduta delitiva em si (SMJ #71: Cegueira deliberada. Entrevistado: Guilherme Lucchesi. Entrevistador: Thiago Hansen. Curitiba: AntiCast, 27 ago. 2018. Podcast. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/46yAFJZ9ahpssiGMTuLCon?si=vLqjXW2qRPqZjIO1I9cMuA>>. Acesso em: 1º fev. 2021). Considerando essa diferença, optamos por usar as nomenclaturas usuais no português brasileiro (“direito penal” e “processo penal”) para facilitar a compreensão do texto e porque, para os fins deste trabalho, não se trata de uma diferenciação de especial relevância, visto que a teoria do delito não é o nosso foco.

²¹⁵ USA, 1926.

reverter a condenação, levar à necessidade de ocorrer um novo julgamento ou à condenação por uma pena que não seja de prisão ou, sendo de prisão, que provavelmente irá superar o tempo em que a pessoa já esteve presa e o tempo pelo qual ela estará presa aguardando o julgamento do recurso.

Nas situações mencionadas, em que já houve condenação, a soltura pode ficar condicionada à prestação de fiança ou outra condição, tais como manter emprego ou frequentar programa educacional, conforme as Subseções “b” e “c” da Seção 3142.²¹⁶

²¹⁶ Seção 3143, Subseções “a” e “b”.

4 HÁ SENTIDO NA RETÓRICA DO “MAS NOS ESTADOS UNIDOS É ASSIM”?: SOBRE O DISCURSO PRÓ-DIREITO ESTADUNIDENSE EM NOME DA “PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA” NO BRASIL

Apresentados os sistemas jurídicos brasileiro e estadunidense, com relação aos principais aspectos que aqui nos importam, cabe agora efetivamente compará-los. Como são muitas as diferenças entre ambos, primeiro nos atentaremos a estas.

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESTADUNIDENSE

São inúmeras as diferenças entre os sistemas jurídicos – e, especificamente, criminais – brasileiro e estadunidense. É possível, porém, pontuar alguns aspectos-chave para os fins deste trabalho.

Sobre o sistema recursal e a competência das cortes supremas em matéria criminal, é interessante notar que o STF, pelo próprio texto constitucional (no artigo 102, incisos I a III), é uma instância originária (para julgar crimes praticados por pessoas que têm prerrogativa de função, como, por exemplo, crimes praticados por membros do Congresso Nacional),²¹⁷ uma instância recursal ordinária (visto que julga, no âmbito criminal, o recurso ordinário em *habeas corpus* que se insurge contra a denegação do remédio constitucional por tribunal superior)²¹⁸ e uma instância recursal extraordinária (pois julga o recurso extraordinário, que pode ser interposto no caso de, por exemplo, ofensa à Constituição na decisão recorrida).²¹⁹

Além disso, na prática, é comum que seja impetrado *habeas corpus* perante o Supremo quando a autoridade coatora é tribunal superior – embora trate-se de *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio (o recurso ordinário constitucional), a corte deve conceder a ordem sempre que houver manifesto constrangimento ilegal, como já mencionado. Assim, o Ministro Luiz Fux chegou a afirmar que, ao admitir *habeas corpus* sucedâneo do recurso ordinário constitucional, o Supremo estaria se transformando na “última instância de apreciação do HC”.²²⁰

²¹⁷ Art. 102, I, “b”, da CRFB.

²¹⁸ Art. 102, II, “a”, da CRFB.

²¹⁹ Art. 102, III, “a”, da CRFB.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 152.752. Origem: Paraná. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Tribunal Pleno. Relator: Ministro

Já nos EUA, a Suprema Corte funciona exclusivamente como uma instância recursal e julga apenas o que aceita julgar, conforme o voto de ao menos quatro *Justices* (de um total de nove) pela concessão do *writ of certiorari*.²²¹ Julgando menos de cem casos por ano, a Suprema Corte, em tese, apenas se preocupa com questões de importância nacional acerca da interpretação da Constituição, levando em consideração, também, a opinião social e política sobre determinada pauta. No sistema estadunidense, não se verifica o direito de se ter um caso julgamento pela Suprema Corte, pois se compreende que o caso chega já julgado até ela (pois precisa passar pelas Cortes Distritais e Cortes de Apelação, no sistema federal), de modo que foi garantido o duplo grau de jurisdição – a Suprema Corte apenas escolhe revisar algumas decisões de acordo com as convicções dos *Justices* acerca da importância do seu pronunciamento sobre determinada matéria atinente a norma constitucional ou infraconstitucional federal.

No aspecto relativo à competência criminal, o contraste é grande se o STF for comparado com a Suprema Corte dos EUA. Enquanto que o acesso ao primeiro é bem mais amplo, de modo que “qualquer advogado com uma capacidade técnica mediana consegue fazer uma ação chegar até o Supremo”,²²² o acesso à Suprema Corte estadunidense é bem mais restrito, sendo tão difícil fazer um caso ser admitido que “sustentar um caso perante a Suprema Corte dos EUA acaba sendo uma das mais prestigiosas realizações entre a Ordem dos Advogados estadunidense”²²³ e inclusive “abre portas para boas oportunidades e para litigar em questões de importância nacional”.²²⁴ Enquanto que mesmo nos EUA há quem entenda que a Suprema Corte deveria ser ainda mais seletiva quanto à admissão de casos para julgar, no Brasil há um “certo consenso” de que seria necessária uma reforma que impedisse que chegassem ao Supremo matérias consideradas triviais ou de menor importância.²²⁵

Edson Fachin. Decisão de julgamento proferida em 4 de abril de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 jun. 2018d. p. 20. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²²¹ ARAÚJO, op. cit., p. 193.

²²² SMJ #46, op. cit.

²²³ Tradução nossa. No original em inglês: “Arguing a case before the Supreme Court of the US ends up being one of the most prestigious accomplishments in the American Bar” (ARAÚJO, op. cit., p. 196).

²²⁴ Tradução nossa. No original em inglês: “[...] opens doors to high-paying opportunities and litigating issues of national importance” (ARAÚJO, loc. cit.).

²²⁵ Ibidem, p. 191.

Ainda no âmbito da competência, é necessário ter em conta que a Constituição brasileira é analítica, enquanto a estadunidense é sintética.²²⁶ Assim, no Brasil, há várias questões que assumem o status de norma constitucional, ampliando a matéria que pode ser objeto de preocupação do Supremo. Ademais, no Brasil, toda matéria referente à legislação penal ou processual penal é privativa da União,²²⁷ enquanto, nos Estados Unidos, os Estados legislam sobre o direito penal e processual penal aplicado na Justiça Estadual.²²⁸ Diante disso, a matéria passível de conhecimento pelas Cortes Superiores brasileiras é bem mais ampla do que a da Suprema Corte estadunidense.

Outro ponto importante é acerca da presunção de inocência nos dois sistemas. Pela tradição jurídica anglo-saxã, a presunção de inocência funciona, principalmente, como uma regra probatória, pela qual cabe à acusação provar a culpa do réu acima da dúvida razoável. Como, uma vez ocorrendo a condenação, pressupõe-se que a culpa do réu restou provada para além da dúvida razoável conforme o devido processo legal, não há mais sentido, por esse sistema, em falar em presunção de inocência. Por isso, pode-se dizer que esta dá lugar a algo como uma presunção de culpabilidade. No Brasil, trata-se de algo que foi defendido como argumento favorável à execução antecipada da pena,²²⁹ mas que, na verdade, é inconcebível no sistema brasileiro:

não há que se pactuar com qualquer visão gradualista da presunção de inocência, como bem explica Maurício Zanoide de Moraes: “Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção de culpa’, pois sob seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória.

²²⁶ Segundo Ingo Sarlet, as Constituições sintéticas se limitam a prever princípios e regras mais básicos acerca da organização do Estado, de seu poder e de sua relação com os cidadãos, incluindo direitos e garantias fundamentais, mas de maneira concisa. Já as Constituições analíticas preveem, além de princípios, várias regras – que, por vezes, podem ser muito estritas –, o que acaba tirando do legislador ordinário a prerrogativa de dispor sobre várias matérias (SARLET, Ingo Wolfgang. *Classificação das Constituições*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 72-80. p. 76).

²²⁷ Art. 22, *caput* e inciso I, da CRFB.

²²⁸ SMJ #71, *op. cit.*

²²⁹ Por exemplo, conforme o Ministro Teori Zavascki, “A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. [...] tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.”²²⁹ (BRASIL, 2016b, p. 9-10).

Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais, 'crê' que a análise do juízo *a quo* pela condenação prevalecerá e, portanto, 'enquanto se espera por um desfecho já esperado', mantém-se uma pessoa presa 'provisoriamente'".²³⁰

É importante notar que, na Constituição brasileira, está expresso que a presunção de inocência finda apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto que a presunção de inocência sequer é mencionada na Constituição estadunidense, sendo extraída da garantia constitucional do devido processo legal.

E, tendo em conta a norma constitucional extraída do inciso LVII do artigo 5º da nossa Constituição, é preciso reconhecer que não haveria sentido em se declarar que um réu, mesmo condenado por sentença recorrível, é considerado inocente, mas que já deve cumprir pena mesmo antes de poder ser tido como culpado. Assim, estar-se-ia reconhecendo que o Estado brasileiro pune pessoas inocentes, o que é ilegítimo em um Estado Democrático de Direito.

Já no direito estadunidense, a prisão em caso de condenação a uma pena privativa de liberdade é a regra, a exemplo do que estabelece a Seção 3143 do Código dos EUA. Mesmo assim, há exceções previstas em lei, em especial se a defesa provar que não há risco de fuga ou à segurança de outras pessoas caso o condenado seja posto em liberdade. Isso evidencia que a lógica da prisão imediata em caso de condenação é de assegurar a aplicação da lei penal, que é justamente uma das hipóteses para se prender preventivamente alguém no Brasil. É possível inclusive estabelecer um paralelo entre essa execução antecipada da pena nos EUA e a execução antecipada da pena que se deu por décadas no Brasil, quando era disfarçada de prisão cautelar.

No caso de o réu ter concedida a liberdade, nos Estados Unidos, frequentemente isso é condicionado ao pagamento de uma fiança, o que pode se dar mesmo caso o réu já esteja recorrendo da condenação. Isso pode ser alvo de críticas, por exemplo pelo fato de que há pessoas que permanecem presas somente por não ter condições financeiras para arcar com o valor da fiança – apesar de a Constituição prever que este não será excessivo. De qualquer forma, o próprio direito à soltura mediante pagamento de fiança é interpretado como uma repercussão da presunção

²³⁰ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 141.

de inocência, especialmente tendo-se em conta a já mencionada decisão da Suprema Corte em *Stack v. Boyle*.

Assim, não se pode chegar ao extremo de dizer que a presunção de inocência, nesse sistema, não tenha qualquer relação com o *status libertatis* do acusado. Porém, nos Estados Unidos, compreende-se haver uma contradição com relação à presunção de inocência²³¹ apenas no abuso na prisão preventiva antes da condenação, sem que se considere que a presunção de inocência se propague para após a afirmação, ainda recorável, da culpa do acusado. Isso, na verdade, parece natural quando se considera não apenas o silêncio da Constituição estadunidense sobre as diretrizes da presunção de inocência, mas também quando se leva em conta a forte tradição de julgamento pelo Tribunal do Júri, característica do *common law*, e o enorme espaço que tem a negociação penal nos Estados Unidos. Como já exposto, na maioria dos casos, o réu barganha, assume a culpa e não chega a ir a julgamento; nos demais casos, o julgamento se dá pelo júri, sendo que, caso o veredito seja de culpa, naturalmente pode ser difícil de reverter uma condenação.

Por fim, é preciso fazer ao menos algumas considerações para, muito brevemente – dadas as limitações deste trabalho –, dar o passo apontado por Legrand, relacionando elementos culturais às normas positivadas e decisões judiciais de uma sociedade.

Sobre a cultura estadunidense em matéria de política criminal, há uma teoria segundo a qual os Estados Unidos abordam problemas de matéria criminal diferentemente de outros países ocidentais – tratar-se-ia do “excepcionalismo americano”.²³² Os EUA têm a maior população carcerária do mundo e são conhecidos no âmbito criminal por rigorosas medidas punitivas de cunho populista, a exemplo da

²³¹ Por exemplo, cf. DRYER, Mary. Guilty until proven innocent: the abuse of pretrial detention in America. **Pitt Political Review**, Pittsburgh, p. 49-54, oct. 2017. p. 50. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/320600468_Guilty_Until_Proven_Innocent_The_Abuse_of_Pretial_Detention_in_America>. Acesso em: 21 fev. 2021; cf. MARUNA, Shadd; DABNEY, Dean; TOPALLI, Volkan. Putting a price on prisoner release: the history of bail and a possible future of parole. **Punishment & Society**, v. 14, n. 315-37, p. 1-23, June 2012. p. 16. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/258181093_Putting_a_price_on_prisoner_release_The_history_of_bail_and_a_possible_future_of_parole>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²³² KUGLER, Matthew B. et. al. Differences in punitiveness across three cultures: a test of American Exceptionalism in Justice attitudes. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 103, n. 4, p. 1071-1114, Fall 2013. p. 1074. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7464&context=jcllc>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

política de tolerância zero (*zero tolerance policy*),²³³ das “leis dos três strikes” (“*three strikes and you’re out*” laws)²³⁴ e de altas penas mínimas (*mandatory minimum sentences*)²³⁵ para certos crimes.²³⁶ Ainda, há um contraste com relação a outros países democráticos, em razão de, por exemplo, as penas de prisão serem em geral mais longas e em vários Estados haver a pena de morte (*death penalty*).²³⁷ Além disso, o fato de a maioria dos casos penais ser resolvido por uma assunção de culpa e, quando não, o direito ao julgamento pelo Tribunal do Júri, faz com que as condenações, de maneira geral, sejam mais difíceis de serem revertidas – o que torna mais compreensível que, lá, seja considerado aceitável executar a pena de pronto.

É importante notar, porém, que o retributivismo e o utilitarismo penal, duas tendências consideradas dominantes na filosofia penal estadunidense, não foram incorporados pela Europa continental.²³⁸ No Brasil, é possível dizer que essas tendências estão presentes em discursos penais populistas, em certas reformas legislativas e até mesmo em decisões judiciais (como a proferida pelo STF no *Habeas Corpus* nº 126.292), mas não foram abraçadas da maneira como nos EUA. Apesar de

²³³ Trata-se de um termo associado a uma política criminal que primeiramente foi usada na “guerra contra as drogas” (*war on drugs*) nos EUA para designar práticas duras de repressão e punição que visavam eliminar até mesmo o mero uso de drogas (NEWBURN, Tim; JONES, Trevor. *Symbolizing crime control: reflections on zero tolerance*. **Theoretical Criminology**, London, v. 11, n. 2, p. 221-243, 2007. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/30524770_Symbolizing_crime_control_Reflections_on_Zero_Tolerance>. Acesso em: 5 abr. 2021.). Sobre o assunto, cf. A 13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Estados Unidos da América: Forward Movement; Kandoo Films: Netflix, 2016. 1 filme (140 minutos), sonoro, legenda, color. Título original: 13th.

²³⁴ Trata-se de leis que foram adotadas em vários Estados dos EUA e que em geral preveem penas de prisão muito longas (*life sentences*), sem a possibilidade de soltura por ao menos 25 anos após uma terceira condenação por um crime (*felony*) violento e considerado particularmente grave (MARVELL, Thomas B.; MOODY, Carlisle E. The lethal effects of three-strikes laws. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. XXX, p. 89-106, Jan. 2001. p. 89. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/24101521_The_Lethal_Effects_of_Three-Strikes_Laws>. Acesso em: 5 abr. 2021). Embora essa política visasse uma redução na criminalidade, colocando criminosos violentos fora (literalmente, “out”) do convívio social, não somente não há indícios de que isso de fato ocorreu como se observou um aumento no número de homicídios após a implementação de “leis dos três strikes” (ibidem, p. 106). Cf. A 13ª EMENDA, op. cit.

²³⁵ No direito estadunidense, se instituiu, para alguns crimes, um tempo mínimo previsto em lei pelo qual o condenado deve permanecer preso. Em certos casos, a pena mínima pode ser muito rigorosa, como de prisão perpétua (*life in prison*) (USA. United States Sentencing Commission. **An overview of mandatory minimum penalties in the federal criminal justice system**. July 2017. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/20170711_Mand-Min.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021). Cf. A 13ª EMENDA, op. cit.

²³⁶ MONTEROSSO, Stephen. Punitive Criminal Justice and policy in contemporary society. **QUT Law Review**, v. 9, n. 1, p. 13-25, June 30 2019. p. 15. Disponível em: <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/39>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²³⁷ KUGLER, 2013, loc. cit.

²³⁸ PAPADOPOULOS, Ioannis S. La philosophie pénale entre utilité sociale et morale retributive. **Archives de Philosophie du Droit**, L’Americanisation du Droit, Paris, n. 45, p. 159-176, 2001. p. 159. Disponível em: <<http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/181.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

terem ganhado força na última década em um contexto de persecução penal – em grande parte promovida pela “Operação Lava-Jato” – contra crimes de corrupção e lavagem de dinheiro que teriam sido praticados por agentes políticos, elas encontram resistência em parte da doutrina e do Judiciário, que, especialmente com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e em garantias penais trazidas pela Constituição, procura a implementação de um processo penal constitucionalizado.

Nesse ponto, é relevante observar que a elaboração da Constituição brasileira de 1988 se deu logo após o fim da ditadura civil-militar no país, na qual, por exemplo, foi suspenso o uso do *habeas corpus* por quase uma década, através do Ato Institucional nº 5.²³⁹ Nesse contexto de redemocratização, o constituinte optou por um documento com um extenso rol de direitos fundamentais e garantias individuais – inclusive processuais penais –, os quais configuram cláusulas pétreas. Assim, a previsão constitucional referente à presunção de inocência deve ser tida como uma importante garantia processual que – assim como a ampla defesa, por exemplo – pretendeu evitar abusos, por parte do Estado, que tenham por instrumento o processo penal. Discursos em favor da flexibilização da garantia da presunção de inocência, portanto, precisariam vencer o texto constitucional original, em um difícil embate que, se era de mutação constitucional até a decisão do STF nas ADCs nº 43, 44 e 54, atualmente é de reforma constitucional. Não se pode olvidar, todavia, que há limitações (amarras) impostas ao poder constituinte derivado, de forma que, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “ainda que alguns voguem e cantem as maravilhas de um poder de reforma ilimitado, o constituinte derivado continua amarrado ao mastro, rechaçando as sereias”.²⁴⁰

²³⁹ BARBOSA, Eduardo Ubaldo; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 15-44. p. 39.

²⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 11-32, 2001. p. 29. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2001-RDA226-Ulisses_e_as_sereias.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

4.2 APONTAMENTOS SOBRE UMA EVENTUAL APROXIMAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO COM O ESTADUNIDENSE

Tendo-se em conta tudo o que foi exposto sobre os sistemas jurídicos brasileiro e estadunidense, depreende-se que os seus modelos de presunção de inocência e execução da pena privativa de liberdade possuem várias incompatibilidades que tornam muito difícil – e improvável – uma verdadeira aproximação entre esses sistemas. A seguir, serão apontadas três questões que, pelo o que entendemos, devem desencorajar a adoção pelo Brasil de eventual modelo de execução antecipada da pena que possa ser inspirado no sistema jurídico dos Estados Unidos.

4.2.1 A questão técnico-jurídica da garantia constitucional da presunção de inocência

O texto constitucional brasileiro é expresso em afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²⁴¹ (inciso LVII do artigo 5º). Trata-se de uma garantia individual assegurada pela Constituição. Enquanto tal, ela é cláusula pétrea, isto é, não pode ser alterada por emenda constitucional, pois a Constituição prevê que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] os direitos e garantias individuais”²⁴² (artigo 60, § 4º, inciso IV).

Ainda, essa mesma Constituição prevê que tanto o STF quanto o STJ funcionarão como instâncias recursais, cabendo-lhes julgar, respectivamente, os recursos extraordinários (artigo 102, inciso III) e os recursos especiais (artigo 105, inciso III), nas hipóteses constitucionalmente previstas, as quais incluem “contrariar dispositivo”²⁴³ da Constituição²⁴⁴ (para o recurso extraordinário) e “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”²⁴⁵²⁴⁶ (para o recurso especial). Assim, tem-se que, mesmo que a Emenda Constitucional nº 45/2004 tenha incluído no texto constitucional a necessidade de demonstração de repercussão geral para a admissão

²⁴¹ BRASIL, 1988.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Art. 102, III, “a”.

²⁴⁵ BRASIL, 1988.

²⁴⁶ Art. 105, III, “a”.

do recurso extraordinário,²⁴⁷ essa via recursal continua aberta como sendo possível de ser acionada pela defesa criminal.

Sendo assim, pela ordem constitucional de 1988, o constituinte pretendeu: (i) que não se possa ser considerado culpado até que o decreto condenatório transite em julgado; (ii) que emenda que seja tendente a abolir essa garantia sequer será objeto de deliberação pelo Congresso; e (iii) que será possível recorrer ao STF quando uma decisão for afrontar dispositivo constitucional e recorrer ao STJ quando uma decisão violar lei federal. Trata-se de uma leitura necessária porque, a exemplo do que afirmou o Ministro Eros Grau,²⁴⁸ os dispositivos constitucionais não podem ser interpretados isoladamente, mas sim levando em conta o todo.

Desse contexto se depreende, em suma, que, pelo texto constitucional brasileiro, a presunção de inocência vigora mesmo quando se recorre às vias recursais excepcionais e, nessa condição, é cláusula pétrea. Isso está de acordo com o entendimento do autor italiano Giulio Illuminati, por exemplo, para quem “a presunção de inocência deve ser assegurada em todo o processo, inclusive no juízo de impugnação extraordinário”,²⁴⁹ sem se esvair após a condenação em juízo de primeiro ou segundo grau de jurisdição.

Portanto, é preciso considerar que uma proposta de emenda constitucional – tal qual o texto original da PEC nº 199/2019 – que procure extinguir os recursos excepcionais e transformá-los em meras ações revisionais (as quais poderiam ser manejadas apenas após o trânsito em julgado da condenação) seria inconstitucional por ofender o conteúdo material da garantia da presunção de inocência, considerando conjuntamente os textos do artigo 5º, inciso LVII, e do artigo 102, inciso III, e artigo 105, inciso III. O mesmo poderia ser afirmado sobre incluir no texto constitucional uma previsão de que os recursos excepcionais não obstem o trânsito em julgado da decisão, como faz o texto substitutivo da PEC nº 199/2019: embora possam ocorrer mutações constitucionais, o constituinte fixou como cláusula pétrea a presunção de

²⁴⁷ Art. 102, § 3º, da CRFB.

²⁴⁸ “[...] não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito – a Constituição – no seu todo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade nº 3.685-8. Origem: Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Grace. Voto do Ministro Eros Grau proferido em 22 de março de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 10 ago. 2006. p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3685%20Eros%20Grau.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021).

²⁴⁹ PORTAL; GLOECKNER, op. cit., p. 395.

inocência até o trânsito em julgado do decreto condenatório e também criou a possibilidade de se recorrer desse decreto ao STF e ao STJ, o que, historicamente, obsta o trânsito em julgado.

Assim, pode-se questionar a constitucionalidade material da PEC nº 199/2019, por restringir garantia individual prevista na Constituição. Apesar disso, é possível que a PEC nº 199/2019, ou outra, seja aprovada pelo Congresso Nacional, reformando a Constituição com o intuito de possibilitar a execução antecipada da pena, apesar da presunção de inocência constitucionalmente prevista.

4.2.2 A questão prática dos erros cometidos pelas instâncias inferiores que vêm a ser corrigidos pelas instâncias superiores

Por mais que alguns defendam que matérias consideradas de “menor importância” não deveriam chegar a ser apreciadas pelo STF, é preciso notar que, enquanto instância recursal (principalmente no caso do recurso extraordinário) e mesmo enquanto instância originária (no caso do *habeas corpus*), o Supremo tem sim um papel em reparar ilegalidades inobservadas pelos demais graus de jurisdição. Por exemplo, no âmbito criminal, o Supremo, por vezes: reconhece a atipicidade da conduta, o que exclui o crime; declara alguma nulidade processual ou ilicitude de prova, o que pode anular uma condenação; corrige a dosimetria da pena, diminuindo o *quantum* de pena privativa de liberdade a que o réu foi condenado; ou, ainda, determina o cumprimento de pena em regime mais benéfico.

Especificamente quanto aos recursos extraordinário e especial, sabe-se que eles não comportam análise de matéria de fato, mas apenas de direito.²⁵⁰ Isso porque esses recursos teriam a sua razão de existir na correção da interpretação sobre a Constituição e a legislação federal, respectivamente, e não no interesse da parte prejudicada, o qual seria atingido apenas remotamente pela decisão do STF ou do STJ.²⁵¹ Assim, há quem entenda que isso justificaria a antecipação da execução da pena privativa de liberdade após o julgamento da apelação, visto que, a partir desse momento, a matéria de fato passa a ser incontroversa.²⁵²

²⁵⁰ Cf. Súmula nº 7 do STJ e Súmula nº 279 do STF.

²⁵¹ BARBAGALO, op. cit., p. 113.

²⁵² Por exemplo, cf. voto do Ministro Teori Zavascki no *Habeas Corpus* nº 126.292.

Todavia, é preciso se atentar para o fato de que, mesmo em sede de recursos excepcionais, é possível dar valoração jurídica diversa com relação a prova já examinada no acórdão proferido em segundo grau de jurisdição: fora do âmbito criminal, o STJ admite a possibilidade de conferir outra definição jurídica com relação a fatos expressamente admitidos e delineados na decisão recorrida, visto que a inadequação da apreciação da prova é *error iuris* ou *error in iudicando*.²⁵³ Na área criminal, porém, o STJ tem uma resistência a, por exemplo, mudar a classificação delitiva de um fato, sendo pacífica a jurisprudência de que isso demandaria revolvimento fático-probatório, o que seria vedado pela Súmula nº 7.²⁵⁴ Como apontam Daniela Portal e Ricardo Gloeckner, parece haver uma confusão entre o que é matéria fática e o que é o mérito no âmbito do processo penal: como o seu objeto é uma imputação, o juízo de primeiro grau de jurisdição não analisa somente fatos que se dão no mundo natural, mas sim fatos processuais (conforme lição de Badaró), pois a imputação é uma reconfiguração normativa que “torna toda questão de fato uma questão de direito, obrigatoriamente”.²⁵⁵ Conforme os autores, “presumir o acusado como inocente no juízo de impugnação significa que a sentença condenatória não pode constituir um pré-juízo no que diz respeito à prática do crime”,²⁵⁶ o que perdura nas instâncias extraordinárias, visto que, nelas, é realizado um controle de validade acerca “da imputação, do procedimento e de eventuais sanções aplicadas, não se resumindo ao ‘mérito’, se por ‘mérito’ se entender o complexo ou conjunto de eventos fáticos”.²⁵⁷

Todavia, mesmo pela leitura restritiva que, por exemplo, é feita pelo STJ, a discussão de matéria tida pelo Tribunal como exclusivamente de direito pode levar à anulação de uma condenação ou, mantendo-a, à diminuição do *quantum* da pena ou à mudança do seu regime de cumprimento para um mais brando. Sendo assim, não há dúvidas de que a decisão proferida em sede de recurso excepcional pode sim ter efeitos importantes sobre a aplicação da pena privativa de liberdade em casos penais.

²⁵³ A título exemplificativo, cf. Recurso Especial nº 1.324.482, julgado pela Terceira Turma do STJ em 5 de abril de 2016; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.036.178, julgado pela Quarta Turma do STJ em 13 de dezembro de 2011.

²⁵⁴ Por exemplo, cf. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.748.266, julgado pela Sexta Turma do STJ em 2 de março de 2021; Agravo Regimental nos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.899.901, julgado pela Quinta Turma do STJ em 12 de fevereiro de 2021.

²⁵⁵ PORTAL; GLOECKNER, op. cit., p. 396.

²⁵⁶ Ibidem, p. 395-396.

²⁵⁷ Ibidem, p. 396.

Pode-se observar isso, por exemplo, em relatório do STJ,²⁵⁸ segundo o qual “6,44% dos recursos julgados entre 2015 e 2017 levaram à diminuição do tempo de pena, e 4,57% à mudança de regime prisional”,²⁵⁹ sendo que, “no total, 14,1% dos recursos especiais ao STJ tiveram decisões favoráveis aos réus”,²⁶⁰ o que, em números absolutos, representa quase dez mil casos.

Fato é que, no Brasil, “o modelo de julgamento das Cortes Supremas ainda é o das Cortes de correção”,²⁶¹ e não de precedentes. Prova de que esse papel correcional é fundamental para impedir que sejam mantidas ilegalidades é uma análise sobre o trâmite do chamado “remédio heroico” nos tribunais superiores.

Em 2018, foram impetrados 13.815 *habeas corpus* no Supremo, o que demonstra uma tendência de ascensão desde o ano de 2013, quando foram impetrados 3.595. Proporcionalmente, porém, eram concedidas mais ordens de *habeas corpus*: foram 435 (12,10%) em 2013 e 642 (4,65%) em 2018.²⁶² Dentre os temas que geraram o maior número de concessões em 2018, destacam-se, em segundo e terceiro lugar, questões envolvendo o regime de cumprimento de pena e a dosimetria da pena, que juntas deram azo a 30,3% das concessões.²⁶³ Trata-se de casos em que já houve condenação, mas, no entendimento de ao menos um dos Ministros do Supremo (pois a ordem pode ser concedida monocraticamente), o juízo de primeiro grau ou o tribunal não aplicou a lei corretamente, com efeitos sobre a pena do condenado.

No STJ, também desde 2013, é observada uma alta em impetrações de *habeas corpus*. Em 2020, no bojo do *Habeas Corpus* nº 500.080,²⁶⁴ o Ministro

²⁵⁸ O relatório completo encontra-se disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/02/pesquisa_recursos.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁵⁹ QUEIROZ, Rafael Mafei R. A presunção de inocência libertada: STF prendeu-se a uma situação da qual dificilmente sairá vencedor. **Jota**, 22 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-libertada-28022018>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Livro digital. p. 6.

²⁶² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de et. al.. Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 153-181. p. 156-157.

²⁶³ Ibidem, p. 163.

²⁶⁴ Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo contra ato coator do Tribunal de Justiça do Estado, relativo a caso em que um réu foi condenado à pena mínima do crime de tráfico de drogas e, apenas pela gravidade abstrata do delito, o cumprimento de pena se daria no regime fechado, sem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo sendo o réu primário, favoráveis as circunstâncias judiciais e pequena a quantidade de entorpecentes apreendidos. Por unanimidade, a Sexta Turma do STJ concedeu a ordem para fixar o regime aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por

Sebastião Reis Júnior expressou que o aumento de impetrações de *habeas corpus* – uma via estreita em que não há produção probatória, nem é analisado o mérito da ação penal (materialidade e autoria delitivas) – revela ainda mais “o equívoco de decisões proferidas pelas instâncias ordinárias em desacordo com precedentes, muitas vezes sumulados, dos Tribunais Superiores”²⁶⁵ e que disso se depreende “que juízes e tribunais não aplicam no dia a dia a interpretação da lei federal e da própria Constituição Federal fixada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal”.²⁶⁶ Ainda segundo o Ministro, os mais prejudicados pelo que chamou de “descompasso entre as instâncias ordinárias e os Tribunais Superiores”²⁶⁷ são os menos favorecidos, que praticam crimes “do dia-a-dia” ou “de rua” (e não “de colarinho branco”) e que não contam com a advocacia privada, mas somente com a assistência jurídica da Defensoria Pública. Com efeito, as maiores taxadas de sucesso com relação a *habeas corpus* concedidos, tanto no STF quanto no STJ, são da Defensoria Pública.²⁶⁸

O Ministro Rogério Schietti Cruz também criticou a “resistência estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários”²⁶⁹ – pela qual a interpretação da lei federal é dada pelo STJ e a interpretação constitucional é dada

penas restritivas de direitos, reconhecendo que a decisão do TJSP afrontou a jurisprudência do STJ e, inclusive, entendimentos sumulados pelo STF (especificamente as Súmulas nº 440, 718 e 719).

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 500.080. Origem: São Paulo. Paciente: Eduardo Ferreira Camargo. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Decisão de julgamento proferida em 4 de agosto de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 12 ago. 2020d. p. 12. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1962863&num_registro=201900815044&data=20200812&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁶⁶ BRASIL, 2020d, loc. cit.

²⁶⁷ BRASIL, 2020d, loc. cit.

²⁶⁸ AMARAL, Thiago Bottino do. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores**: análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 55. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17508/Habeas%20corpus%20nos%20tribunais%20superiores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 384.606. Origem: Rio de Janeiro. Paciente: Luiz Claudio Ceia da Silva Junior. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Decisão monocrática proferida em 17 de novembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 22 nov. 2017. p. 2. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78525264&tipo_documento=documento&num_registro=201700004861&data=20171122&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

pelo STF – e identificou uma “medição de forças”²⁷⁰ com tribunais de segundo grau. Criticando especificamente a postura do Tribunal de Justiça de São Paulo em matéria criminal, o Ministro afirmou que “Não é possível que tenhamos tantos códigos penais quanto temos de estados. A geografia não pode determinar o Direito”.²⁷¹

Em 2018, o Presidente do STJ, Ministro João Otávio Noronha, afirmou que há “uma quantidade enorme de decisões condenatórias proferidas pelo TJ-SP ao arrepio de súmulas do STJ e do STF”²⁷² e que o grande número de *habeas corpus* em trâmite no STJ se deve em parte ao fato de o Tribunal de Justiça de São Paulo sistematicamente não seguir as orientações dos tribunais superiores sobre matéria criminal. De fato, como apontou relatório estatístico do STJ, 38,8% dos *habeas corpus* distribuídos na corte em 2019 foram originários do Estado de São Paulo,²⁷³ apesar deste conter 30,9% da população carcerária do país²⁷⁴ – há, portanto, uma evidente desproporcionalidade, a qual demonstra que o desrespeito de entendimentos jurisprudenciais pelo Tribunal de Justiça de São Paulo faz com que mais frequentemente seja preciso recorrer aos tribunais superiores.

É possível afirmar que “o crescimento do número de impetrações de HCs e RHCs não é uma ‘doença’, mas o ‘sintoma’ de uma ‘doença’”,²⁷⁵ pois, “Entre as dez questões jurídicas de maior ocorrência nos Tribunais Superiores, metade já é objeto de entendimento pacificado [...] ou de enunciado sumular”.²⁷⁶ Essas ilegalidades perpetuadas por tribunais estaduais e regionais são, então, solucionadas apenas quando se recorre aos tribunais superiores.²⁷⁷

²⁷⁰ MINISTRO Schietti critica 'medição de forças' do TJ-SP com tribunais superiores. **Revista Consultor Jurídico**, 17. jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/ministro-critica-medicao-forcas-tj-sp-tribunais-superiores>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

²⁷¹ VITAL, Danilo. Ministros do STJ criticam TJ-SP por desobediência de jurisprudência criminal. **Revista Consultor Jurídico**, 4 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/ministros-stj-criticam-desobediencia-jurisprudencia-criminal>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

²⁷² MARTINES, Fernando. Presidente do STJ repreende TJ-SP por ignorar súmulas e não conceder HC. **Revista Consultor Jurídico**, 18 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

²⁷³ BRASIL, 2020d, p. 11.

²⁷⁴ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. Período de julho a dezembro de 2019. 25 jun. 2020b. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiMmU0ODAwNTAtY2lyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁷⁵ AMARAL, op. cit., p. 97.

²⁷⁶ Ibidem, p. 98.

²⁷⁷ QUEIROZ, op. cit.

Nesse ponto, é interessante apontar que nos Estados Unidos, pela tradição jurídica do *common law*, há precedentes judiciais com força obrigatória,²⁷⁸ com fundamentos que devem orientar as decisões em casos análogos. Nesse sistema, o papel da Suprema Corte é de dar a interpretação da Constituição e da lei federal e, assim, tutelar “a igualdade e a liberdade perante o direito dos tribunais”²⁷⁹, bem como garantir a segurança jurídica. No Brasil, apenas em 2015 o novo CPC, em seu artigo 927, introduziu o conceito de precedentes (entendendo-os como advindos de súmulas, recursos repetitivos, assunção de competência e orientações de plenário ou órgão especial)²⁸⁰ e adotou no ordenamento brasileiro a regra do *stare decisis* (tanto a nível horizontal, de respeito aos próprios precedentes, quanto vertical, de respeito dos precedentes pelas instâncias inferiores).²⁸¹ Porém, embora os precedentes das Cortes Supremas sempre sejam vinculantes,²⁸² nem sempre os tribunais observam a sua obrigatoriedade, como já exposto com relação ao exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo em matéria criminal.

Como nos Estados Unidos o papel da Suprema Corte é mais restrito ao de uma corte constitucional, o comum é que um caso não chegue a ser julgado por ela – trata-se, sem dúvidas, de uma exceção –, de modo que se entende que os casos já estão julgados antes de chegar à Suprema Corte e não se espera que injustiças sejam reparadas por ela. Isso, é claro, funciona muito melhor em um sistema em que precedentes das cortes superiores são obrigatoriamente seguidos pelas instâncias inferiores, como o estadunidense. Já no Brasil, como já exposto, os tribunais superiores têm uma alta demanda de processos criminais, muitos dos quais sequer precisariam chegar à instância extraordinária se entendimentos jurisprudenciais, muitos deles sumulados, fossem seguidos pelas instâncias ordinárias.

4.2.3 A questão fática das condições do (inconstitucional) sistema prisional brasileiro

Por fim, ao discutir a execução antecipada da pena no Brasil é preciso também ter em mente as deploráveis condições do sistema prisional brasileiro, em que pese

²⁷⁸ MARINONI, op. cit., p. 16.

²⁷⁹ Ibidem, p. 6.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2. p. 653.

²⁸¹ Ibidem, p. 654-655.

²⁸² Ibidem, p. 653.

só seja possível neste trabalho tratar do tema muito sinteticamente. Ao tratar da execução antecipada da pena como uma questão simplesmente jurídica ou política, acaba-se olvidando do contexto fático em que ocorre a execução de pena privativa de liberdade no Brasil, marcado por ilegalidades e violações de direitos fundamentais.

Conforme o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, havia 748.009 presos no Brasil, sendo que, destes, 362.547 (48,47%) cumpriam pena em regime fechado e 222.558 (29,75%) eram presos provisórios (isto é, sem condenação transitada em julgado). Como havia somente 442.349 vagas no sistema penitenciário, há 1,69 presos para cada vaga disponível – o déficit em números absolutos é de 312.925. Entre 1990 e 2019, a taxa de aprisionamento no Brasil saltou de 61,00 para 359,40.²⁸³

Apenas Estados Unidos e China têm uma população penitenciária maior do que a brasileira em números absolutos.²⁸⁴ Assim, apesar de ter a sexta maior população do mundo, o Brasil tem a terceira maior população carcerária – Índia, Indonésia e Paquistão possuem mais habitantes,²⁸⁵ mas menos presos.²⁸⁶ Em números relativos, ou seja, considerando quanto da população total está encarcerada (taxa de aprisionamento),²⁸⁷ o Brasil também ocupa o terceiro lugar dentre nações com mais de quinze milhões de habitantes, atrás de Estados Unidos e Tailândia.

Como apontou o Ministro Marco Aurélio em seu voto na decisão liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que propõe o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, no Brasil a maior parte dos presos

[...] está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por

²⁸³ BRASIL, 2020b.

²⁸⁴ WORLD PRISON BRIEF (WPB). **Highest to lowest:** prison population total. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. 2021b. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁸⁵ FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA). **Situação da População Mundial 2020.** Contra minha vontade: desafiando as práticas que prejudicam mulheres e meninas, e impedem a igualdade. [S.l.], jun. 2020. p. 144-148. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/situacao_da_populacao_mundial_2020-unfpa.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁸⁶ WPB, 2021b.

²⁸⁷ WPB. **Highest to lowest:** prison population rate. 2021a. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population_rate?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 28 fev. 2021.

organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.²⁸⁸

Ainda segundo o Ministro, “no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”,²⁸⁹ sendo conferido “tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”,²⁹⁰ que, em verdade, são submetidas a “penas cruéis e desumanas”.²⁹¹ Assim, são feridos diversos dispositivos constitucionais²⁹² e infraconstitucionais,²⁹³ além de normas internacionais.²⁹⁴

Há que se destacar, também, que casos de ofensas sistemáticas a direitos dos presos no Brasil foram levados à CIDH, como o caso da Penitenciária Urso Branco,²⁹⁵ em Rondônia, e, mais recentemente, no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Estado do Rio de Janeiro. No caso deste último, a Corte inclusive determinou que se desse uma compensação penal, pela qual cada dia de pena privativa de liberdade cumprido no estabelecimento prisional fosse computado em dobro, visto que, como a lotação era de 200%, podia-se presumir que a inflição da pena também era duplicada.²⁹⁶

Sabendo-se disso, é no mínimo curioso o esforço feito para que pessoas sem condenação definitiva passem a cumprir pena, mesmo sem haver necessidade concreta de que fiquem presas antes da sentença transitar em julgado (nesse caso,

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão liminar proferida em 9 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 fev. 2016a. p. 23. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2020.

²⁸⁹ Ibidem, p. 24.

²⁹⁰ Ibidem, p. 24-25.

²⁹¹ Ibidem, p. 25.

²⁹² A título exemplificativo, o princípio da dignidade da pessoa humana a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos, dispostos respectivamente nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso III, da Constituição (BRASIL, 2016a, loc. cit.).

²⁹³ Como o direito a uma cela individual salubre com área mínima de seis metros quadrados, conforme o artigo 88 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2016a, loc. cit.).

²⁹⁴ São citadas pelo Ministro Marco Aurélio, por exemplo, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 2016a, loc. cit.).

²⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Resolução de 7 de julho de 2004**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco. San José, 7 jul. 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁹⁶ CIDH. **Resolução de 22 de novembro de 2018**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. San José, 22 nov. 2018. p. 23 e 27. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

caberia a prisão preventiva) e mesmo havendo a possibilidade de que a condenação seja revertida ou que o *quantum* ou regime de cumprimento da pena privativa de liberdade ainda seja alterado. Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski levantou a contradição do Supremo em afirmar que há um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário na ADPF nº 347 em 2015 e, no ano seguinte, autorizar a execução antecipada na pena no *Habeas Corpus* nº 126.292:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza.²⁹⁷

É interessante notar que, ao menos no julgamento do referido *habeas corpus*, o Ministro Ricardo Lewandowski foi o único que levantou a questão do sistema prisional. Com efeito, ao que parece, o estado de calamidade do sistema prisional brasileiro muitas vezes não é lembrado nos debates envolvendo a execução antecipada da pena, assim como pouca atenção é dispensada para a sua situação de maneira geral. Importante apontar que os EUA, tidos pelos apoiadores da “prisão em segunda instância” como um modelo a ser seguido, têm a maior população penitenciária do mundo, tanto em números absolutos quanto relativos, o que parece demonstrar que, de fato, o problema da superlotação carcerária não é levado em conta quando os EUA são apontados como referência nesse quesito.

Mister constatar que também nos EUA há violações sistemáticas de direitos dos presos, além do superencarceramento. Um exemplo que se destaca é o Estado do Alabama: em relatório recente da Divisão de Direitos Civis do Departamento de Justiça dos EUA, afirma-se que o Estado tem falhado em proteger os presos de diversos males – sendo comum a ocorrência de assassinatos e de violência sexual –, em especial em razão de haver presos para além da capacidade do estabelecimento (no sistema estadual, a taxa de ocupação é de 165%) e poucos funcionários.²⁹⁸ Em

²⁹⁷ BRASIL, 2016b, p. 98.

²⁹⁸ USA. United States Department of Justice Civil Rights Division. United States Attorney's Offices for the Northern, Middle, and Southern Districts of Alabama. **Investigation of Alabama's state prisons**

todo o país, a judicialização do sistema prisional é frequente. Desde a década de 1960²⁹⁹ a advocacia estadunidense litiga em prol dos direitos dos presos, inclusive propondo a reforma de prisões a nível estrutural (em 1993, havia ações judiciais de reforma prisional em 40 Estados)³⁰⁰ e com questões específicas chegando à Suprema Corte, como, por exemplo, sobre a inconstitucionalidade da submissão dos presos a castigos desproporcionais e desumanos.³⁰¹

Diante desses cenários, é curioso que no Brasil não se dê maior atenção ao fato de que pessoas estão cumprindo pena em condições inconstitucionais e ilegais e, além de tudo, se queira que passem a fazê-lo mesmo enquanto a sua condenação ainda não é definitiva. No tocante à quantidade de pessoas encarceradas, é evidente que os Estados Unidos não são um modelo a ser seguido.

Ante os desestímulos a uma aproximação com o sistema jurídico estadunidense, expostos neste tópico, há agora que nos perguntarmos acerca do porquê da insistência na comparação do direito do Brasil com o direito dos Estados Unidos no tocante à possibilidade da execução antecipada da pena.

4.3 A BUSCA DA LEGITIMAÇÃO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL PELA COMPARAÇÃO COM O DIREITO ESTADUNIDENSE

Apesar de o *civil law* ter se disseminado por mais países, é inegável a influência do *common law* no mundo, especialmente pela histórica influência política que foi exercida pela Inglaterra. Especificamente, é possível observar essa influência em matéria de procedimental, probatória e de organização administrativa e judicial, por exemplo.³⁰² Com o fim da Guerra Fria, porém, os Estados Unidos assumiram o lugar indisputável de direito mais influente do mundo, como já referido.

for men. Apr. 2, 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/crt/case-document/file/1149971/download>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁹⁹ Destacam-se os casos *Jackson v. Bishop* em 1968 e *Holt v. Sarver* em 1969 – seguidos por vários outros até pelo menos 1982 – referentes ao sistema prisional do Estado do Arkansas. Cf. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352. p. 305. Cf. LABELLE, Deborah. Bringing human rights home to the world of detention. **Columbia Human Rights Law Review**, New York, p. 79-133, 2008. p. 87. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r21711.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

³⁰⁰ VIOLIN, op. cit., p. 307.

³⁰¹ LABELLE, op. cit., p. 88.

³⁰² DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p. 206.

Contemporaneamente, a doutrina vem apontando que parece ocorrer uma harmonização, aproximação ou convergência entre as famílias procedimentais do *civil law* e do *common law*,³⁰³ pois reformas vêm atenuando as diferenças entre elas. Especificamente com relação ao direito dos Estados Unidos, a incorporação de institutos semelhantes ou inspirados no *plea bargaining*,³⁰⁴ por exemplo, faz com que se costume apontar que há uma “americanização do direito” em países de *civil law*.³⁰⁵

Como resultado dessa influência – jurídica, além de política, econômica, cultural etc. – estadunidense, percebe-se, no Brasil, uma inclinação a olhar com admiração do direito dos Estados Unidos. Trata-se de um fenômeno que não é novo, considerando que adotamos os modelos presidencialista³⁰⁶ e federalista³⁰⁷ e, a título exemplificativo, são inspirados nos Estados Unidos o nosso sistema de controle de constitucionalidade³⁰⁸ e o processo de impeachment.³⁰⁹

Especificamente sobre a questão que nos interessa nesse trabalho, atinente à execução antecipada da pena, observamos que se referencia frequentemente o modelo estadunidense quando se discute o assunto no Brasil, como se aquele fosse superior e o sistema brasileiro devesse, de alguma maneira, dele se aproximar.

Ocorre que, tendo em conta toda a complexidade de diferenças apontada neste trabalho, tem-se que a comparação comumente efetuada deixa de considerar diversos aspectos, não apenas jurídicos mas também históricos e culturais, que demonstram a dificuldade em se pensar um modelo brasileiro de execução antecipada

³⁰³ CHASE; WALKER, op. cit., p. i.

³⁰⁴ Cf. LANGER, op. cit.

³⁰⁵ Ibidem, p. 23.

³⁰⁶ Na primeira Constituição republicana, de 1891, “A inspiração do presidencialismo norte-americano era evidente” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150).

³⁰⁷ “A forte influência norte-americana – em especial devida a Ruy Barbosa – marcou profundamente o primeiro texto constitucional republicano, não tendo sido por acaso que passamos a nos chamar de República dos Estados Unidos do Brasil, muito embora as importantes diferenças no tocante à formação da estrutura federativa norte-americana e brasileira” (SARLET, Ingo Wolfgang. O constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórica-evolutiva – da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 237-259. p. 241).

³⁰⁸ “Foi grande a influência do pensamento de Rui Barbosa sobre a Constituição de 1891, que foi fortemente carregada com as tintas do direito estadunidense. Assim, não foi por acaso que o controle de constitucionalidade foi com ela sedimentado [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 942-1419. p. 973)

³⁰⁹ BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Coleção Constituições brasileiras, v. 2). p. 30. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/137570>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

da pena a partir do sistema estadunidense. As diferenças abismais entre ambos os sistemas – como o fato de a presunção de inocência sequer estar explícita na Constituição dos EUA – fazem com que não haja como afirmar que a ampla autorização da execução antecipada no Brasil da pena faria com que o modelo brasileiro verdadeiramente se aproximasse do estadunidense.

Em verdade, isso parece demonstrar que a inspiração no modelo estadunidense de execução imediata da pena se deve muito mais a um discurso que pretende validar a execução antecipada da pena no Brasil – por uma ótica retribucionista e utilitarista, contrária à “impunidade” – invocando o sistema dos Estados Unidos. O impulso que, principalmente, houve por parte do Judiciário brasileiro e que há por parte do Legislativo (mas também por parte de representantes do Poder Executivo e do Ministério Público) em viabilizar a “prisão em segunda instância” procura se legitimar, ao menos em parte, em um discurso pró-direito estadunidense, desconsiderando, assim, várias particularidades de ambos os sistemas jurídicos e sem se atentar aos problemas que seriam agravados no Brasil por uma “aproximação” – aqui entendida genericamente, relativa apenas a eventual autorização da execução antecipada da pena – entre eles quanto a esse aspecto.

Sobre isso, proveitoso lembrar as considerações de Kai Ambos e John Zuluaga quando criticaram uma proposta de continuação da ação penal mesmo após a morte do acusado, o que seria feito em nome da determinação da verdade e da reparação e com fundamento em decisões judiciais da Alemanha:³¹⁰

A seriedade dos discursos penais que existem por trás deste tipo de proposta é muito discutível. De igual modo, é grave a forma como pretendem fundamentá-las, fazendo referências incorretas e descontextualizadas a fontes do direito estrangeiro, o que torna ainda mais evidente a falta de seriedade. Desta maneira somente se pode fazer um profundo questionamento da capacidade de ditos discursos para diferenciar os cenários de solução de conflitos e de soluções dos mesmos em questões de verdade e reparação. A opinião jurídica em matéria penal tem importantes consequências na concepção social sobre o Direito Penal, o castigo etc. Estes tipos de discursos penais somente terminam alimentando uma equivocada vocação do processo penal por meio da justificação de objetivos extrassistêmicos e, com ele, degradando seus pressupostos racionais mais fundamentais.³¹¹

³¹⁰ AMBOS, Kai; ZULUAGA, John. Processos penais contra mortos? Sobre o sentido do Processo Penal e a racionalidade da “opinião jurídica”. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 20, n. 241, p. 4-6, dez. 2012. p. 5.

³¹¹ Ibidem, p. 6.

Embora os autores se referissem a tema diverso do aqui tratado, a crítica também serve, de certo modo, para a defesa da execução antecipada da pena com base nos ideais de efetividade da Justiça Criminal e combate à impunidade, usando para isso de argumentos de direito comparado – inclusive atinentes ao direito dos Estados Unidos e sem se atentar às enormes disparidades que aquele sistema jurídico tem para com o nosso. Com efeito, em geral esse tipo de associação se dá sem qualquer tipo de seriedade, mas merece a nossa atenção por alimentar um discurso penal – no caso, o de combate à impunidade.

De fato, o argumento da sensação de impunidade é constantemente levantado no debate da “prisão em segunda instância”. Todavia, de acordo com Heloisa Estellita, trata-se de um problema que não deve ser resolvido “no caso concreto, às custas do corpo de um cidadão”,³¹² mas sim na esfera da administração dos órgãos de persecução e execução penais. Esse argumento, como bem apontam Décio David e Gilson Bonato, é pautado “em uma atuação simbólica do Direito penal e acaba por renovar as teorias absolutas da pena”,³¹³ fundadas nas visões retributivistas de Kant e Hegel.³¹⁴ Discursos como esse, quando aplicados à antecipação da execução da pena privativa de liberdade, configuram algo que pode ser considerado um fetichismo penal³¹⁵³¹⁶ e possibilitam com que um

clamor punitivo popular – sem qualquer senso racional crítico – migre da execução da pena para as garantias processuais, em uma verdadeira antecipação de barreiras de imputação do sistema de justiça criminal, destruindo por completo os anseios que a modernidade projetou para Estados com sistemas democráticos.³¹⁷

Sendo assim, por mais que o argumento pró-direito estadunidense levantado na discussão referente à execução antecipada da pena no Brasil – ou retórica do “mas nos Estados Unidos é assim” com relação à “prisão em segunda instância” – pareça um contrassenso, ele continua sendo usado por representantes dos três Poderes e do Ministério Público para fins legitimadores de uma eventual mudança no direito

³¹² ESTELLITA, op. cit., p. 721.

³¹³ DAVID; BONATO, op. cit., p. 1162.

³¹⁴ Ibidem, p. 1162-1163.

³¹⁵ Ibidem, p. 1165.

³¹⁶ Explicam os autores: “Nesse enfoque crítico psicanalítico, a antecipação da execução da pena pode ser atribuída à necessidade de um gozo rápido, a mera satisfação do fetiche por um pseudoprazer em razão do sofrimento corporal alheio. Afinal, é impossível dissociar a ideia de punição (prisão) de penas corpóreas.” (ibidem, p. 1166).

³¹⁷ Ibidem, p. 1165.

nacional, amparado na ideia de que, assim, será configurada uma Justiça Criminal mais efetiva e que combate mais fortemente a impunidade. Isso acaba por ameaçar garantias processuais penais individuais como a presunção de inocência, que, mesmo estando prevista no texto constitucional, pode vir a ser mitigada caso uma lógica imediatista da punição triunfe no direito pátrio.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, foi abordada a discussão a respeito da execução antecipada da pena privativa de liberdade no Brasil, na qual o argumento de direito comparado vem sendo utilizado ora para defender uma mudança na interpretação do direito nacional, ora para propor reformas constitucionais e legislativas com o intuito de autorizar o instituto de forma ampla no país. Nesse contexto, frequentemente vem à tona a comparação com o direito dos Estados Unidos, referenciado como um país em que, mesmo havendo um regime democrático, a regra é a execução imediata da pena.

Como parte desta pesquisa, foram expostas várias diferenças fundamentais entre os sistemas jurídicos brasileiro e estadunidense, desde aquelas de caráter geral – como o amplo espaço da negociação penal e do julgamento pelo Tribunal do Júri nos Estados Unidos, bem como as relativas ao sistema recursal e ao acesso às instâncias superiores para que se possa reverter uma decisão (o que é mais facilitado no Brasil) – até as específicas ao tema da presunção de inocência, concebida de diferentes maneiras em ambos os países (enquanto nos Estados Unidos ela costuma ser mais restrita a uma regra probatória, no Brasil ela é vista de maneira mais ampla), e da execução antecipada da pena em si (que é a regra pela legislação criminal federal estadunidense).

Esses fatores, contudo, parecem ser olvidados ou simplesmente desprezados por aqueles que defendem que, a exemplo dos Estados Unidos, o Brasil passe a adotar a execução antecipada da pena. Além das incompatibilidades entre os sistemas, também não costumam ser tratados problemas que adviriam da autorização da execução antecipada da pena, tais como a reversão de ilegalidades, após o início do cumprimento da pena, pelos tribunais superiores que funcionam como cortes de correção, ou como o cumprimento da pena privativa liberdade em um inconstitucional e já superlotado sistema carcerário, antes mesmo da condenação se tornar definitiva e sem haver necessidade da prisão para fins cautelares.

Com efeito, esse argumento de direito comparado costuma ser mantido a um nível superficial e desprovido de maior seriedade. Assim, conclui-se que não há sentido na retórica pela qual se deve adotar a execução antecipada da pena no Brasil considerando que nos Estados Unidos ela é permitida, mesmo lá também vigorando a presunção de inocência. Ainda assim, porém, argumentos como esse merecem a nossa atenção por terem uma função legitimadora de discursos penais que, muitas

vezes alimentados por ideais extrajurídicos, procuram afrouxar garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito, como a basilar presunção de inocência. Desse modo, a retórica em favor de uma aproximação do direito brasileiro ao direito estadunidense, no que diz respeito à execução antecipada da pena e à presunção de inocência, pode ser refutada com uma análise um pouco mais cuidadosa a respeito das diferenças, muitas vezes abismais, que separam os sistemas jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos.

REFERÊNCIAS

A 13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Estados Unidos da América: Forward Movement; Kando Films: Netflix, 2016. 1 filme (140 minutos), sonoro, legenda, color. Título original: 13th.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, jan. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF>. Acesso em: 1º fev. 2021.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores**: análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17508/Habeas%20corp%20nos%20tribunais%20superiores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

AMBOS, Kai; ZULUAGA, John. Processos penais contra mortos? Sobre o sentido do Processo Penal e a racionalidade da “opinião jurídica”. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 20, n. 241, p. 4-6, dez. 2012.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 189-204, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/73893>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro digital.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Coleção Constituições brasileiras, v. 2). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/137570>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BALLOTPEDIA. **Supreme Court cases, October term 2019-2020**. Disponível em: <https://ballotpedia.org/Supreme_Court_cases,_October_term_2019-2020>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/29112>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BARBOSA, Eduardo Ubaldo; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o habeas corpus. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 15-44.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação inconstitucional do STF no HC 126.292. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico**, ano 4, edição especial, p. 6-7, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 199-A, de 2019. Parecer nº 1/0. Relatório e substitutivo. Autor: Deputado Alex Manente. Relator: Deputado Fábio Trad. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 8 set. 2020a. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928562&filename=PRL+1+PEC19919+%3D%3E+PEC+199/2019>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 199, de 2019. Autor: Deputado Alex Manente. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 19 nov. 2019a. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835285&filename=PEC+199/2019>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 410, de 2018. Autor: Deputado Alex Manente. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 27 mar. 2018a. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17. mar. 2015. p. 1.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13. out. 1941. p. 19699.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31. dez. 1940. p. 2391.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. Período de julho a dezembro de 2019. 25 jun. 2020b. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. p. 10227.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 1952/2018**. Pedido de Suspensão de Liminar. Ação declaratória de constitucionalidade nº 54. Procuradora-Geral da República: Raquel Elias Ferreira Dodge. 19 dez. 2018b. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2018/12/art20181219-15.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do Senado nº 166, de 2018. Autor: Senador Lasier Martins. **Senado Federal**, Brasília, DF, 10 abr. 2018c. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715945&ts=1612184459052&disposition=inline>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Pedido de tutela provisória nº 3.026. Origem: Rio Grande do Sul. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Gilnei Candinho e outro(a/s). Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Decisão de julgamento proferida em 1º de dezembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 dez. 2020c. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2010599&num_registro=202002619920&data=20201207&peticao_numero=202000785932&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 35.997. Origem: São Paulo. Paciente: Marcos Fabiano Ribeiro. Impetrante: Rafael Tucherman e outro. Impetrado: Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. Decisão de julgamento proferida em 11 de outubro de 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 21 nov. 2005. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=586726&num_registro=200400796714&data=20051121&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 384.606. Origem: Rio de Janeiro. Paciente: Luiz Claudio Ceia da Silva Junior. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Decisão monocrática proferida em 17 de novembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 22 nov. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78525264&tipo_documento=documento&num_registro=201700004861&data=20171122&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 500.080. Origem: São Paulo. Paciente: Eduardo Ferreira Camargo. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Decisão de julgamento proferida em 4 de agosto de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 12 ago. 2020d. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&>

sequencial=1962863&num_registro=201900815044&data=20200812&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Terceira Seção, em 6 de setembro de 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 9278. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula9.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 267. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Terceira Seção, em 22 de maio de 2002. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 29 maio 2002, p. 135. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=267>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 347. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. Terceira Seção, em 23 de abril de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 abr. 2008, n. 129. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5596/5718>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 29. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Popular Socialista. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão de julgamento proferida em 16 de fevereiro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=73867629&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 43. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Econômico Nacional - PEN. Ação declaratória de constitucionalidade nº 44. Origem: Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Ação declaratória de constitucionalidade nº 54. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Comunista do Brasil - PC do B. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão de julgamento conjunto proferida em 7 de novembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 12 nov. 2020e. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade nº 3.685-8. Origem: Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Grace. Voto do Ministro Eros Grau proferido em 22 de março de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 10 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3685%20Eros%20Grau.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão liminar proferida em 9 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 fev. 2016a. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 68.726-1. Origem: Distrito Federal. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira. Decisão de julgamento proferida em 28 de junho de 1991. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 20 nov. 1992. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 74.983-6. Origem: Rio Grande do Sul. Paciente: Mário Somensi. Impetrante: Gerson G. da Costa. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Decisão de julgamento proferida em 30 de junho de 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 28 ago. 1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7. Origem: Minas Gerais. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Tribunal Pleno. Relator: Ministro: Eros Grau. Decisão de julgamento proferida em 5 de fevereiro de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 fev. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292. Origem: São Paulo. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Decisão de julgamento proferida em 17 de fevereiro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 maio 2016b. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 152.752. Origem: Paraná. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão de julgamento proferida em 4 de abril de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 jun. 2018d. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1068 - Constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri**. Leading case: Recurso extraordinário nº 1.235.340. Relator: Ministro Roberto Barroso. Protocolado em 19 set. 2019b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

CENTER FOR LEGAL AND EVIDENCE-BASED PRACTICES. **The presumption of innocence and bail**. 2017. Disponível em: <<http://www.clebp.org/presumptionofinnocence.html>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

CHASE, Oscar G. WALKER, Janet. **Common law, civil law and the future of categories**: an introduction. Public Law and Legal Theory Research Paper Series n. 10-40. New York University School of Law, jul. 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1641221>. Acesso em: 21 fev. 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1119-1142, set.-dez. 2018.

CLIVERY, Elisa. PEC da prisão após segunda instância será votada ainda este ano, diz Maia. **G1**, Brasília, TV Globo, 9 out. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/09/pec-da-prisao-apos-segunda-instancia-sera-votada-ainda-este-ano-diz-maia.ghtml>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-21, jan.-jun. 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1949>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Resolução de 7 de julho de 2004**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco. San José, 7 jul. 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Resolução de 22 de novembro de 2018**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. San José, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

DALLAGNOL, Deltan. **@deltanmd**. Disponível em: <<https://twitter.com/deltanmd/status/1206600217145020420>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1143-

1174, set./dez. 2018. Disponível em:

<<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/180>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Tradução de: CORDERO, Jorge Sánchez. 11. ed. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010. Livro digital. Título original: Les grands systèmes de droit contemporains.

DUBBER, Markus Dirk. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1287-1325. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228244890_Comparative_Criminal_Law>. Acesso em: 6 fev. 2021.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, set.-dez. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

DUVE, Thomas. **Global legal history**: a methodological approach. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2016-04. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=02781104>. Acesso em: 6 fev. 2021.

DRYER, Mary. Guilty until proven innocent: the abuse of pretrial detention in America. **Pitt Political Review**, Pittsburgh, p. 49-54, oct. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/320600468_Guilty_Until_Proven_Innocent_The_Abuse_of_Pretial_Detention_in_America>. Acesso em: 21 fev. 2021.

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 709-730, mai.-ago. 2018. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/141/125>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

FERRANTE, Alfredo. Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n2/art10.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2021.

FINDLEY, Keith A. Defining innocence. **Albany Law Review**, v. 74.3, p. 1157-1208, 2010-2011. University of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1158. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815304>. Acesso em: 21 fev. 2021.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA). **Situação da População Mundial 2020**. Contra minha vontade: desafiando as práticas que prejudicam mulheres e meninas, e impedem a igualdade. [S.l.], jun. 2020. Disponível

em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/situacao_da_populacao_mundial_2020-unfpa.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

GLENN, H. Patrick. Comparative legal families and comparative legal traditions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 421-440.

GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. Publicação online.

Disponível em:

<https://www.academia.edu/21948769/Comparative_Law_as_the_Study_of_Transplants_and_Receptions_The_Oxford_Handbook_of_Comparative_Law_2006_>.

Acesso em: 21 fev. 2021.

GRAZIADEI, Michele. **Legal transplants and the frontiers of legal knowledge**.

Jan. 2009. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/41002619_Legal_Transplants_and_the_Frontiers_of_Legal_Knowledge>. Acesso em: 21 fev. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 86, 22 fev. 2016. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

KUGLER, Matthew B. et. al. Differences in punitiveness across three cultures: a test of American Exceptionalism in Justice attitudes. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 103, n. 4, p. 1071-1114, Fall 2013. Disponível em:

<<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7464&context=jclc>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LABELLE, Deborah. Bringing human rights home to the world of detention.

Columbia Human Rights Law Review, New York, p. 79-133, 2008. Disponível em:

<<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r21711.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Delictae**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul.-dez. 2017. Disponível em:

<<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução de: HACHEM, Daniel Wunder. São Paulo: Contracorrente, 2018. Edição Kindle. Idioma original: francês.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consulente: Maria

Cláudia de Seixas. São Paulo: 20 maio 2016. Parecer. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 31 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 5. ed. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 942-1419.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Livro digital.

MARTINES, Fernando. Presidente do STJ repreende TJ-SP por ignorar súmulas e não conceder HC. **Revista Consultor Jurídico**, 18 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MARUNA, Shadd; DABNEY, Dean; TOPALLI, Volkan. Putting a price on prisoner release: the history of bail and a possible future of parole. **Punishment & Society**, v. 14, n. 315-37, p. 1-23, June 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/258181093_Putting_a_price_on_prisoner_release_The_history_of_bail_and_a_possible_future_of_parole>. Acesso em: 28 fev. 2021.

MARVELL, Thomas B.; MOODY, Carlisle E. The lethal effects of three-strikes laws. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. XXX, p. 89-106, Jan. 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/24101521_The_Lethal_Effects_of_Three-Strikes_Laws>. Acesso em: 5 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução de: SUÁREZ, Eduardo L. Fondo de Cultura Económica, 2014. Livro digital. Título original: The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America.

MINISTRO Schietti critica 'medição de forças' do TJ-SP com tribunais superiores. **Revista Consultor Jurídico**, 17. jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/ministro-critica-medicao-forcas-tj-sp-tribunais-superiores>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MONTEROSSO, Stephen. Punitive Criminal Justice and policy in contemporary society. **QUT Law Review**, v. 9, n. 1, p. 13-25, June 30 2019. Disponível em: <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/39>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

NEWBURN, Tim; JONES, Trevor. Symbolizing crime control: reflections on zero tolerance. **Theoretical Criminology**, London, v. 11, n. 2, p. 221-243, 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/30524770_Symbolizing_crime_control_Reflections_on_Zero_Tolerance>. Acesso em: 5 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro digital.

NUNES, Mariana Madera. O cabimento de habeas corpus e a jurisprudência defensiva do Supremo. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 63-82.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito - USP**, São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

PAPADOPOULOS, Ioannis S. La philosophie pénale entre utilité sociale et morale retributive. **Archives de Philosophie du Droit**, L'Americanisation du Droit, Paris, n. 45, p. 159-176, 2001. Disponível em: <<http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/181.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**, Belo Horizonte, v. 7, p. 35-51, 1955. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/889>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de inocência no Habeas Corpus n. 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 391-407, maio-ago. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3074>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

QUEIROZ, Rafael Mafei R. A presunção de inocência libertada: STF prendeu-se a uma situação da qual dificilmente sairá vencedor. **Jota**, 22 fev. 2018. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-libertada-28022018>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

RAMOS, Carla. Execução provisória da pena na jurisprudência do STF. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 287-321.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Princípios do processo penal brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/33265123/Princ%C3%ADpios_do_Processo_Penal_brasileiro>. Acesso em: 11 mar. 2021.

ROCHA JR., Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. O regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos criminais dirigidos aos Tribunais Superiores conforme o CPC/2015. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 423-450, jan.-abr. 2020. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/274>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital.

SARLET, Ingo Wolfgang. Classificação das Constituições. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 72-80.

SARLET, Ingo Wolfgang. O constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórica-evolutiva – da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 237-259.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 11-32, 2001. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2001-RDA226-Ulisses_e_as_sereias.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2008.

SMJ #46: Suprema Corte dos EUA. Entrevistados: Guilherme Lucchesi e William Pugliese. Entrevistador: Thiago Hansen. Curitiba: AntiCast, 24 abr. 2017. Podcast. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/2CUNKLI7WLCCOmmHqAAZGF>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

SMJ #71: Cegueira deliberada. Entrevistado: Guilherme Lucchesi. Entrevistador: Thiago Hansen. Curitiba: AntiCast, 27 ago. 2018. Podcast. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/46yAFJZ9ahpssiGMTuLCon?si=vLqjXW2qRPqZjIO1I9cMuA>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

TREVOR, Valentina. Relator propõe que segunda instância alcance todas as áreas do Direito. **Jota**, Brasília, 8 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/legislativo/segunda-instancia-areas-direito-08092020>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

TRIBE, Laurence H. An ounce of prevention: preventive justice in the world of John Mitchell. **Virginia Law Review**, Charlottesville, VA, v. 56, n. 3, p. 371-407, apr. 1970.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). United States Sentencing Commission. **An overview of mandatory minimum penalties in the federal criminal justice system**. July 2017. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/20170711_Mand-Min.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Constitution of the United States**. Congress of the Confederation. 1788. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 21 fev. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court. Bell v. Wolfish. n. 77-1829. Decided May 14, 1979. **United States Reports**, v. 441, p. 520-599, 1979. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep441520/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court. Coffin v. United States. n. 741. Decided March 4, 1895. **United States Reports**, v. 156, p. 432-463, 1895. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep156432/>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adopted April 18, 2019. Effective July 1, 2019. 2019. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2019RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court. Stack v. Boyle. n. 400. Decided November 5, 1951. **United States Reports**, v. 342, p. 1-18, 1951. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep342001/>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court. Taylor v. Kentucky. n. 77-5549. Decided May 30, 1978. **United States Reports**, v. 436, p. 478-492, 1978. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep436478/>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). United States Code. House of Representatives. **Office of the Law Revision Counsel**, 1926. Disponível em: <<https://uscode.house.gov/browse.xhtml>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). United States Department of Justice Civil Rights Division. United States Attorney's Offices for the Northern, Middle, and Southern Districts of Alabama. **Investigation of Alabama's state prisons for men**.

Apr. 2, 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/crt/case-document/file/1149971/download>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de et. al.. Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et. al. (Org.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 153-181.

VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352.

VITAL, Danilo. Ministros do STJ criticam TJ-SP por desobediência de jurisprudência criminal. **Revista Consultor Jurídico**, 4 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/ministros-stj-criticam-desobediencia-jurisprudencia-criminal>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

WALSH, Dylan. Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining? Tradução de: LOPES JR., Aury. **Revista Consultor Jurídico**, 15 fev. 2019. Título original: Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

WORLD PRISON BRIEF (WPB). **Highest to lowest**: prison population rate. 2021a. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 28 fev. 2021.

WORLD PRISON BRIEF (WPB). **Highest to lowest**: prison population total. 2021b. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 28 fev. 2021.